

# EL DELITO DE PREVARICACIÓN DE AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Rafael José Gisbert Casasempere  
*Alferez Auditor (RV)*

## SUMARIO:

1.- Introducción. 2.- Planteamiento. 3.- El bien jurídico protegido y el principio «ne bis in ídem». 3.1. El bien jurídico protegido en el delito de prevaricación. 3.2. Ilícito penal e ilícito administrativo. Principio «Ne bis in ídem». 4.- Concepto de autoridad y funcionario público. 4.1. La noción de autoridad y funcionario público en el derecho penal. 4.2. Supuestos especiales de la condición de funcionario. Los Colegios Profesionales. 5.- Tipo Objetivo. 5.1. Concepto de resolución. 5.2. Concepto de los términos injusticia y arbitraria en la resolución. 5.2.1. La jurisprudencia. 5.2.2. La doctrina. 6.- Tipo Subjetivo. 7.- Formas de aparición del delito. 7.1. Autoría y participación. 7.2. Concurso de delitos. 8.- Consecuencias jurídicas del delito. Penalidad y Responsabilidad civil. 8.1. Penalidad. 8.2. Responsabilidad civil. 8.2.1. Regulación y naturaleza. 8.2.2. La posición subsidiaria de la Administración. 9.- Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El capítulo I del título XIX del Código Penal de 1995 contiene bajo el nombre «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos» una pluralidad de tipos delictivos que en opinión de (Muñoz Conde 2010, p. 990) tienen una difícil reducción a un denominador común. El mismo significado lingüístico de prevaricación es excesivamente vago, por cuanto solo indica un quebrantamiento voluntario de las obligaciones contraídas que, en el fondo, se da en todos los delitos de

funcionarios públicos. El concepto de prevaricación es aplicable específicamente al delito previsto en el art. 404,<sup>1</sup> mientras que los tipificados en los arts. 405 y 406<sup>2</sup> vienen referidos a determinados comportamientos en relación con el nombramiento ilegal de personas para un cargo público o con la aceptación de ese cargo.

El presente trabajo se dedica exclusivamente al estudio del delito de prevaricación contemplado en el artículo 404 del Código Penal.

Este precepto constituye el tipo básico de otros delitos de prevaricación que se remiten al propio art. 404, pero que castigan además con la pena de prisión o la de multa la prevaricación cometida por el funcionario en determinados ámbitos como la ordenación del territorio,<sup>3</sup> la conservación del patrimonio artístico,<sup>4</sup> y la protección del medio ambiente.<sup>5</sup> La redacción de estos preceptos no coincide literalmente con la del art. 404 (por ej. se utiliza en

---

<sup>1</sup> Art. 404: A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de nueve a quince años. La pena establecida, es conforme con la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>2</sup> Art. 405: A la autoridad o funcionario que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. La pena establecida, es conforme con la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Art. 406: La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.

<sup>3</sup> Art. 320: 1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes, o que con motivos de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

<sup>4</sup> Art. 322: La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

<sup>5</sup> Art. 329: La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses.

ellos la expresión «contraria a las normas urbanísticas» o «manifiestamente ilegales»), mientras que en el art. 404 se emplea la de «resolución arbitraria», pero, salvo en el marco penal constituyen el mismo delito. No sucede lo mismo con la *prevaricación judicial* que, como delito contra la Administración de Justicia, se tipifica en el título XX y que tampoco es objeto de este estudio.

## 2. PLANTEAMIENTO

La prevaricación administrativa, es un delito elaborado en los últimos años sobre todo a partir de una concepción democrática del poder, en el que este pasa a ser controlado judicialmente en sus desviaciones y excesos, llegándose a la exigencia de responsabilidad penal cuando en el ejercicio de ese poder se produce una aplicación torcida del derecho, que es, en definitiva, el núcleo de la prevaricación. La desviación de poder y la corrupción política y administrativa no solo no son consustanciales a la democracia, sino incompatibles con ella y con un control democrático de los actos administrativos. Los principios de igualdad de oportunidades, de participación ciudadana en el control del poder y, sobre todo, en lo que a la prevaricación afecta, de imparcialidad y corrección en la actuación administrativa son básicos en el Estado de derecho.

Nuestra Constitución proclama en su artículo 103.1 que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

Cuando dichos principios y derechos fundamentales no solo no se respetan, sino que además se infringen gravemente es cuando se recurre al medio sancionatorio más contundente de cuantos dispone el ordenamiento jurídico, el derecho penal. También aquí el derecho penal se rige por el principio de intervención mínima, debiendo reservarse solo para aquellos casos en los que la actuación administrativa constituye una infracción grave de los principios básicos de la Administración Pública, y no una simple ilegalidad o actuación antijurídica que puede ser corregida con otro tipo de instrumento jurídico, como puede ser la exigencia de responsabilidad disciplinaria al funcionario en el marco del derecho administrativo sancionador.

El delito de prevaricación, como establecen las SSTs, 04.12.2003 y 28.03.2006, tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho,

frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

No se trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa, en su labor de control de la actuación de la Administración Pública, por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La sentencia de fecha 17 de febrero de 2012 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de los de Palma de Mallorca, con cita de la STS. 01.07.2009 que contiene un detallado análisis del delito de prevaricación, sistematiza los requisitos necesarios para la apreciación de la prevaricación administrativa y sobre los cuales versará el presente estudio, distinguiendo los siguientes:

1. Desde el punto de vista del sujeto activo, este debe ser una autoridad o un funcionario público debiendo acudir al art. 24 del Código Penal para encontrar la definición de dichas categorías.
2. El funcionario o autoridad debe haber dictado una resolución en asunto administrativo que, ante todo, se reputa no adecuada a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales en la génesis de la resolución, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder.
3. Resolución injusta. No es suficiente una ilegalidad administrativa para que pueda darse el delito de prevaricación, la injusticia a que se refiere al artículo 404 del Código Penal supone un plus de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal. La jurisprudencia de la Sala de lo Penal ha dicho reiteradamente que únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el correspondiente delito de prevaricación, cuando la ilegalidad sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa».

El artículo 404 del Código Penal ha puesto el acento en el dato, más objetivo y seguro del «ejercicio arbitrario del poder» proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución.<sup>6</sup> Se ejerce arbitrariamente el poder

---

<sup>6</sup> Art. 9.3 CE. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

cuando la autoridad o funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o de un interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa.

4. Actuación del funcionario público o autoridad «a sabiendas» de la injusticia de la resolución que dicta. La expresión «a sabiendas» no solo elimina del tipo en cuestión la posible comisión culposa sino también la comisión con dolo eventual.

### 3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. EL ILÍCITO PENAL Y ADMINISTRATIVO Y EL PRINCIPIO «NE BIS IN IDEM»

#### 3.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN

Como ya se ha comentado, nuestra Constitución prescribe en su artículo 9.3 la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el cumplimiento de la observancia de este mandato corresponde, no solo a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también de la penal.

Las Administraciones Públicas están sometidas al principio de legalidad y a los fines que la justifican arts. 9.3 y 106 CE, a la ley y al derecho, a servir con objetividad los intereses generales (Art. 103.1 CE) y ese normal funcionamiento derivado de esos preceptos, es precisamente el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación.

En Italia, según comenta (Catalán Sender 1999, p.43), la doctrina más cualificada entiende que el bien jurídico protegido en este delito sería el buen funcionamiento de la Administración (entendido no tanto en el sentido de eficacia cuanto de correcto ejercicio de los poderes inherentes a la función pública), así como la imparcialidad entendida más que en el ejercicio impersonal del poder como actividad administrativa no tendente a un comportamiento discriminatorio o preferencial hacia determinados ciudadanos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido analizando cual es el bien jurídico que protege el artículo 404 del Código Penal, y no solo en sentencias dictadas en los años inmediatamente posteriores a la promulgación del Código Penal de 1995 (SSTS Sala 2ª. 21.12.99;

12.12.2001), sino en pronunciamientos más recientes como las SSTS. Sala 2ª. 04.12.2003. 08.06.2006, Auto 01.02.2007 o la STS. 723/2009, de 1 de julio, declarando que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, que son, el servicio prioritario a los intereses generales, el sometimiento pleno a la ley y al derecho, y la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines. Es por ello que la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

El bien jurídico protegido es el mismo principio de legalidad y la sujeción al derecho de las autoridades, con interdicción del puro arbitrio consistente en aprovechar la situación de poder que tiene encomendada una determinada persona para anteponer a esa recta aplicación del derecho, los intereses o criterios puramente personales y caprichosos.

La doctrina española mayoritaria, entre los que destaca, (Octavio de Toledo, 1980, p.297 y ss.) reconoce que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación, es el correcto funcionamiento de la potestad administrativa como servicio público, y por tanto, lo constituiría la función pública que los funcionarios han de ejercitar conforme al interés general según la legalidad existente.

El delito de prevaricación no protege a los órganos administrativos, es decir, a la Administración como entidad, sino que el derecho penal se centra en el ejercicio de las potestades que a ese ente público se atribuyen por el ordenamiento, con la finalidad de garantizar el ajuste a la función que constitucionalmente le está atribuida. Por ello, cabe concluir que el bien jurídico protegido en este delito es el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al derecho.

### 3.2. ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO «NE BIS IN ÍDEM»

Tres son las teorías (González Cussac, 1997, p.30) que abordan esta dualidad de sanción: La teoría cuantitativa que atiende exclusivamente a la mayor o menor gravedad y que postula el rechazo de la aplicación de dos sanciones a un mismo hecho (principio «ne bis in ídem»). Esta es la tesis mayoritaria de la doctrina española.

La teoría cualitativa (injusto o culpabilidad son esencialmente diversos), acepta como criterio general la dualidad de sanciones para un mismo hecho. Esta postura es prácticamente inexistente en la doctrina penal española.

Por último, las llamadas teorías eclécticas que parten de la consideración del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública en un doble ámbito: el primero y más numeroso se centra en la defensa del interés general (heterotutela). Aquí las diferencias entre ilícito administrativo e ilícito penal son meramente cuantitativas, acogiendo la idea de una misma naturaleza penal para ambas. Pero en un segundo nivel de actuación, ejerce la potestad sancionadora en una esfera interna, en defensa de un interés propio (autotutela). Estas gozarían de una naturaleza estrictamente administrativa, lo que implica la existencia de diferencias cualitativas entre ambos ilícitos. Las sanciones disciplinarias entrarían dentro de esta segunda consideración.

Para la teoría ecléctica existe una dualidad de sanciones penales y disciplinarias que es acorde con el principio «*ne bis in idem*», puesto que se originan en ilícitos cualitativamente distintos, no existe identidad de fundamento y, por tanto, pueden aplicarse los dos castigos.

La vigencia del principio «*ne bis in idem*» ha sido reiteradamente proclamada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.<sup>7</sup> Tiene su origen en los principios de legalidad y tipicidad del artículo 25 de la Constitución e impide la duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento. Su ámbito de aplicación se ha extendido también a las relaciones entre sanciones penales y administrativas, aunque podría darse una excepción en cuanto a su aplicación en las llamadas relaciones especiales de supremacía o de especial sujeción, pues suponen una naturaleza cualitativa distinta a la de los delitos. De modo, que al no darse identidad de fundamento está perfectamente legitimada la imposición de ambos castigos (Gonzalo de Toledo, 1980, p.263 y ss.).

Al hilo de lo anterior, debe tenerse en cuenta que al derecho penal no le interesa la organización del servicio público, por tanto, no la contempla en la descripción del tipo. De modo que el desvalor que comporta la pena no contemplaría esta parte del hecho. En consecuencia cabría la duplicidad de sanciones penales y administrativas<sup>8</sup>, y lo sería en los delitos de fun-

---

<sup>7</sup> Por todas, STC. 2/81, de 30 de enero, SSTC. 62/84 de 21 de mayo y 159/85, de 27 de noviembre. La doctrina general de la jurisprudencia ordinaria queda expuesta en la STS. de 16 de julio de 1990.

<sup>8</sup> El título VII del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, 12 de abril, regula su régimen disciplinario, estableciéndose en el artículo 95 del citado texto legal

cionarios especiales propios, como es el caso de la prevaricación, pero no así respecto de los delitos especiales impropios, al ser la condición de funcionario y el daño que ello comporta a la organización del servicio administrativo, lo que fundamenta una penalidad más elevada del tipo común.

El Consejo General del Poder Judicial tuvo ocasión de pronunciarse sobre la dualidad de sanciones penales y administrativas y la aplicación del principio «*ne bis in idem*», en el Informe del Anteproyecto de Código Penal de 1992 (González Cussac 1997, p.44). En él se afirma que «la anulación de sanciones disciplinarias a la condena penal no infringe de suyo el principio «*ne bis in idem*», si el quebranto de la relación de sujeción especial no se halla ya castigada con la imposición de la pena.

De modo que, el Código Penal puede, o bien dejar de valorar la repercusión disciplinaria de la infracción abandonándola al derecho administrativo sancionador; o por el contrario, contener también las consecuencias relativas a restituir al injusto producido en las relaciones de servicio. En este último caso, no cabrá acudir a otros órdenes sancionadores, puesto que el texto punitivo habrá valorado ya la totalidad del evento y por consiguiente habrá agotado toda la respuesta jurídica. De lo anterior puede y debe concluirse en la necesidad de resaltar la importancia de la consecuencia jurídica. Así, si esta contempla el injusto global del acto (quebranto del orden general y del servicio en cuanto a relación laboral), no cabrá la doble sanción. Ahora bien, si la consecuencia jurídica prevista en la norma penal solo asume el perjuicio general, deberá tomarse también en consideración el precepto disciplinario. Pero este último no es el caso del delito de prevaricación, donde la pena de inhabilitación especial capta también, de modo global las repercusiones de la conducta sobre la relación de servicio. Por lo que habrá que negar siempre la duplicidad de sanciones.

## 4. EL CONCEPTO DE AUTORIDAD Y FUNCIONARIO PÚBLICO

### 4.1. LA NOCIÓN DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO A LOS EFECTOS DEL DERECHO PENAL

El concepto de funcionario público es una de las cuestiones que deben ser abordadas de modo previo para el análisis de delito de prevaricación.

---

las faltas disciplinarias pudiendo ser estas muy graves, graves y leves. Destaca la letra d) *La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.*

Para (González Cussac 1997, p.104) la prevaricación es un delito especial propio pues solamente podrán ser autores del mismo aquellas personas que participen de la cualidad de autoridades o funcionarios públicos.<sup>9</sup> En consecuencia, únicamente tienen aptitud para ser sujetos activos del delito de prevaricación quienes a los efectos del derecho penal posean esa condición.

En este sentido, el art. 24 del Código Penal<sup>10</sup> contiene un concepto normativo y funcional de funcionario válido para el derecho penal, más amplio que el vigente en derecho administrativo<sup>11</sup> y delimitable a una incorporación efectiva a la actividad pública, bien por disposición inmediata de la ley, bien por elección o por nombramiento de autoridad competente, así como por la participación en el ejercicio de funciones públicas.

El concepto de funcionario público es funcional (Suarez-Mira Rodríguez 2005, p.505), lo relevante no es la forma de encuadramiento, el régimen de actuación o la dependencia del funcionario, sino el hecho de que su cometido se centre en el ejercicio de funciones públicas. Así se construye un concepto autónomo de funcionario no subordinado al concepto administrativo y que, por lo tanto, puede ser muy distinto del manejado en ese sector del ordenamiento jurídico. Este lo asume la jurisprudencia SSTS. Sala 2ª de 01.02.95; 13.06.95 y 19.09.92 al declarar que el concepto de funcionario es distinto en la esfera administrativa y penal, pues en esta última vertiente lo que interesa es la participación, de una u otra manera, en funciones administrativas, con independencia de la forma en que haya sido llamado a desempeñarlas. El Código Penal no contiene un concepto de funcionario, sino más bien unas pautas para determinar en cada caso quien lo sea.

---

<sup>9</sup> En este sentido la STS. Sala 2ª, de 25 de abril de 1988 al afirmar que el delito contiene como primera característica, la de su limitación subjetiva en orden a su autoría, ya que únicamente puede ser cometido por jueces, funcionarios públicos, abogados o procuradores.

<sup>10</sup> Art. 24. 1.- A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

<sup>11</sup> El título II del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, define como empleados públicos a quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, clasificando a dichos empleados en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y al personal eventual.

En consecuencia, y como indica el citado autor, es aconsejable delimitar qué elementos concurren a formar esas pautas específicas de quien ostenta la condición de funcionario público. Para ello, se examinarán tres elementos: primero, habrá que diferenciar las funciones públicas de aquellas que no lo sean –funciones privadas–; segundo, habrá que perfilar cómo se participa en esas funciones; y finalmente, analizar cuál es el título con el que se interviene.

- a) La *función pública* constituye un elemento instrumental básico de las Administraciones Públicas que recibe el mandato constitucional de servir con objetividad los intereses generales. Muñoz Conde entiende por tal toda aquella actividad proyectada sobre el interés colectivo o social. Junto a ello se acepta que quien forma parte, por medio de una relación de servicio, de un ente sometido al derecho público es un funcionario a efectos penales (SSTS. Sala 2ª de 04.12.2001; 07.11.2001).
- b) *Participación en las funciones públicas*. Requiere que el sujeto esté en posesión –dentro de la estructura organizativa– que le permita de modo directo actuar las citadas potestades públicas. La STS. Sala 2ª de 23.03.2001 subraya que «no basta con la condición *in genere* de funcionario público», sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional. Esta competencia funcional ha de entenderse de modo no formalista, en tanto que la ausencia de toma de posesión podría frustrar la aplicación de la norma penal, como en el caso contemplado en la STS. Sala 2ª de 19.12.2000 que consideró delito de cohecho la compra de un voto de un concejal electo, y que aún no había tomado posesión de su cargo, por actuar en la sesión constitutiva de la corporación en el sentido favorable al que lo compró.
- c) *Título suficiente*. Debe tener la naturaleza legal que permita o justifique esa intervención en las funciones públicas, de forma que no se llegue a ampliar tan considerablemente el ámbito de actuación de los tipos, que puedan incluirse conductas de particulares que, de forma transitoria y excepcional, realicen tareas con significación pública. Así que las intervenciones producidas sin posesión de un título adecuado para ello no contribuirán a formar ese concepto de funcionario público. En definitiva, como reiteradamente advierte la jurisprudencia, es preciso ac-

tuar como autoridad o funcionario público, y no como un particular.<sup>12</sup>

En un supuesto límite, la STS. Sala 2ª de 19.09.2002 consideró funcionario al director-gerente de una mutua de accidentes en un delito de malversación, al reputar que estas entidades aparecen integradas en la seguridad social, su patrimonio procede de las cuotas de la seguridad social y el nombramiento del director tiene que ser autorizado por un organismo oficial.

#### 4.2. SUPUESTOS ESPECIALES DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO. LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Se pone de manifiesto un problema específico (González Cussac 1997, p.101) que plantea la literatura alemana y que recogen varios autores, es el constituido por los llamados *funcionarios de hecho*. Se pueden distinguir dos grupos con consecuencias muy distintas.

El primero estaría integrado por aquellos casos en los que un particular invade o se atribuye la cualidad de funcionario por propia iniciativa merced a un impulso personal, actuando como tal. No pueden bajo ningún concepto ser considerados funcionarios públicos, pues faltaría el primer requisito exigido de incorporación por disposición legal, elección o nombramiento. Por tanto nunca podrían incurrir en el delito de prevaricación, y su conducta debería castigarse de acuerdo a lo establecido en los artículos 402, 405 o 406 o, en su caso, por el artículo 506 del Código Penal.

El segundo grupo de supuestos estaría constituido por aquellos sujetos que incorporados legítimamente (generalmente por nombramiento), desempeñan el cargo público hasta descubrirse que no reúnan las condiciones jurídicas previas necesarias para acceder a ese cargo (ej. no tener la edad exigida, carecer de la titulación imprescindible, etc.). Para la doctrina mayoritaria alemana y española<sup>13</sup> si se les consideraría funcionarios a los efectos penales, porque sus actos son oficiales y reciben la protección pública. A ello habría que añadir que son idóneos para lesionar el bien jurídico protegido, pues mientras dura la situación anómala despliegan su eficacia frente a la propia administración y frente a los particulares.

---

<sup>12</sup> STS. de 28 de diciembre de 1994, Por el contrario, la STS. de 19.12.1994, si consideró funcionarios públicos a los Corredores de Comercio.

<sup>13</sup> Schönke, A; Shróeder H; del Toro Marzal, Rodríguez Devesa y Muñoz Conde, a los que cita González Cussac.

La declaración de nulidad de dichos actos con efectos *ex tunc*, producirá su desaparición y, al mismo tiempo, la paradoja de que por actos inexistentes se castigaría al funcionario de hecho. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la nulidad con efectos *ex tunc* no deja de ser una ficción jurídica limitada prácticamente a las relaciones internas administración-funcionario de hecho y mientras esa ficción no se declara, la resolución injusta se consume y produce la lesión del bien jurídico. En cualquier caso, como recuerda del Toro Marzal, según el art. 24 del Código Penal, son funcionarios, pues reúnen los dos únicos requisitos allí exigidos: incorporación y efectiva participación en la función pública y ello con independencia de otras responsabilidades en que pudieran incurrir, como por ejemplo, la prevista en los artículos 405 y 406, por nombramiento ilegal.

Sin embargo, los supuestos especiales no terminan aquí. Entre estos supuestos cabe citar al ejercicio de las potestades disciplinarias atribuidas por el ordenamiento jurídico a los empresarios respecto a los trabajadores, o a los Colegios Profesionales en relación a sus colegiados.

En el primer caso no parecen cumplirse los requisitos antes indicados, ni puede decirse que sus actos estén sometidos al derecho público, ni son realizados por un ente público, ni parecen perseguir fines públicos. Parecen hallarse en el marco del derecho privado.

Respecto a los Colegios Profesionales, teniendo en cuenta su configuración legal, dada la interpretación constitucional existente y al exigirse la colegiación obligatoria, se convierten en entes semipúblicos, al menos en lo referente al control disciplinario de sus colegiados, siendo calificadas por un sector de la doctrina administrativa como jurídico-públicas, todas las relaciones entre los colegios y sus miembros, catalogándola además como *relaciones de especial sujeción*. De modo que podría discutirse la naturaleza administrativa o privada de estas entidades. Más discutible se presenta la calificación como de *participación en funciones públicas*, pues el interés perseguido por los Colegios Profesionales es un interés corporativo completamente distinto al interés general. Cuestión distinta, que estos intereses corporativos también resulten relevantes para el Estado, que en ocasiones los hace suyos, pero nunca integran el concepto de interés general, ni mucho menos implican el *ejercicio de funciones públicas*. Por tanto, incluir a este colectivo entre los sujetos activos del delito de prevaricación supondría llevar a cabo una interpretación sumamente extensiva del artículo 24 del Código Penal.

## 5. TIPO OBJETIVO

La conducta típica consiste en dictar una resolución arbitraria, es decir, una acción positiva de realización de un acto administrativo que, en principio, se estima incompatible con la simple omisión. Sin embargo, la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, da eficacia jurídica a los llamados «actos presuntos» al considerarlos actos administrativos, al operar el silencio administrativo tanto en procedimientos iniciados por los interesados o de oficio por la Administración Pública una vez transcurrido el plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa al interesado.<sup>14</sup> Ello podría posibilitar que por esta vía, al tratarse de un acto administrativo, pueda dar lugar a un delito de prevaricación. Al respecto, el Auto de 1 de febrero de 2007 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no aprecia indicios de responsabilidad criminal constitutiva de un delito de prevaricación, la resolución de la ministra de Medio Ambiente a un recurso potestativo de reposición dictada por medio del silencio administrativo, al no considerar dicha resolución arbitraria conforme a los elementos que deben concurrir para que pueda tratarse de un delito de prevaricación administrativa.

### 5.1. CONCEPTO DE RESOLUCIÓN

Tanto la jurisprudencia como la doctrina vienen a entender por resolución todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio, que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados.<sup>15</sup> Esto es, todo acto de contenido decisorio. En definitiva podría decirse que es todo acto de la Administración que comporta una declaración de voluntad de la misma, de contenido decisorio y que afecta a la órbita de los derechos de los ciudadanos. Quedan en consecuencia excluidos de este concepto, y por tanto son atípicos, cuantos actos administrativos no tengan carácter decisorio, como por ejemplo los actos de trámite, informes, consultas, circulares, dictámenes, etc.

Respecto a los informes, debe tenerse en cuenta lo dispuesto expresamente en los arts. 320, 322 y 329 del Código Penal (*prevaricaciones específicas*). El negar su relevancia, lo es a los solos efectos de no conside-

<sup>14</sup> Ver arts. 42 a 44 de la Ley 30/92, 26 de noviembre LRJAP y PAC.

<sup>15</sup> Por todas SSTs. Sala 2ª de 22 noviembre de 1990 y 10 de julio de 1995.

rarlos actos ejecutivos del tipo penal, esto es, negando que con los mismos se realicen comportamientos de autoría en sentido estricto (art. 28.1 CP). En consecuencia, no se descarta que a través de informes o dictámenes se pueda incurrir en responsabilidad penal a título de participación.

Al derecho penal solo le interesa garantizar la función pública en cuanto trascienda a los ciudadanos, y obviamente no trascienden los actos no resolutivos. No podemos hablar de resolución más que en aquellos supuestos donde se decida acerca de un conflicto en el ordenamiento jurídico. De modo que no toda aplicación de una potestad es una resolución, se requiere decidir conforme a derecho en un conflicto. Así, por ejemplo, la detención ilícita practicada por un agente de la autoridad nunca podrá constituir delito de prevaricación, aunque sí naturalmente de detención ilegal. En cambio, si integrará la figura de prevaricación judicial, entre otras, la practicada por una autoridad judicial, ya que esta sí resuelve un conflicto.

La jurisprudencia subraya la necesidad del contenido decisorio de la resolución, que comporte una declaración de voluntad, y que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, resolución que podrá ser escrita u oral, expresa o tácita.<sup>16</sup>

Respecto a la posible tipicidad de los *mandamientos u órdenes de pago* y sobre los llamados *informes vinculantes*, la jurisprudencia<sup>17</sup> los excluye categóricamente del concepto de resolución, pues nunca lo son las ejecuciones de acuerdos previos tomados por el órgano decisor. Respecto a los segundos, un informe vinculante siempre será un informe, y por tanto no podrá integrarse en el concepto de resolución. Todo lo más, pudiera ser calificado como un acto de participación en el hecho principal, esto es, en la resolución dictada por el órgano decisor competente, incluso cabría pensar, como afirma dicho autor, en una tentativa de prevaricación, y aún resultaría muy discutible.

Por último, la resolución como exige el art. 404 del Código Penal debe versar sobre un *asunto administrativo*. En este sentido, la jurisprudencia ha interpretado que merecen tal consideración aquellas resoluciones emitidas por funcionarios públicos y sometidas al derecho administrativo, siempre que afecten a los derechos de los administrados y a la colectividad en general<sup>18</sup>, y que además requieran de un procedimiento formal en que el funcionario decida la aplicación del derecho acordado, limitando o negando derechos subjetivos de quien sea parte en el mismo. De este modo, se

<sup>16</sup> STS. Sala 2ª 14 de noviembre de 1995.

<sup>17</sup> STS. Sala 2ª 28 de septiembre de 1995.

<sup>18</sup> STS. Sala 2ª 31 de marzo de 1994.

niega, por ejemplo, la condición de resolución administrativa a una orden dada por el gobernador civil (hoy subdelegados del Gobierno), en ejercicio de sus facultades estrictamente políticas. Lo esencial es que la resolución no tenga naturaleza jurisdiccional ni política.

## 5.2. CONCEPTO DE LOS TÉRMINOS INJUSTICIA Y ARBITRARIA EN LA RESOLUCIÓN

La anterior redacción del Código Penal, el art. 385 hablaba de resolución *injusta* pero la sustitución de este término por el de *arbitraria* no ha cambiado, en opinión de (Muñoz Conde 2010, p.993), las posibilidades interpretativas de este delito, por cuanto que la arbitrariedad es una forma de injusticia y este concepto sigue constituyendo el núcleo esencial del delito de prevaricación, tanto en el art. 404, como en otros en los que se regulan supuestos específicos de prevaricación (arts. 320, 322, 329, 446 y 447). En un Estado de derecho injusticia e ilegalidad son términos equivalentes, no debe olvidarse que en la interpretación de la ley hay algo más que la simple literalidad del precepto en cuestión, y que tan decisivo o más que la propia literalidad es la interpretación jurisprudencial y doctrinal del precepto, su correspondencia con la constitución y con los principios interpretativos básicos.

### 5.2.1. La Jurisprudencia

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en la STS. Sala 2ª 1318/2005, de 17 de noviembre<sup>19</sup> declara e interpreta que el elemento *injusticia* –núcleo del delito de prevaricación– se cifra en el coeficiente de arbitrariedad de la decisión. Donde obrar de manera arbitraria, en un contexto público de actuación preceptivamente delimitado, es suplantar la ratio y el fin de la norma por personales razones y finalidades, convirtiendo la propia voluntad en fuente de una norma particular. Es, por tanto, en la patente subversión de la *ratio legis* donde radica el núcleo de la antijuricidad de la conducta injusta, pues, en sentido legal por claramente arbitraria.

Amplia el Alto Tribunal su interpretación del elemento *injusticia* con la jurisprudencia que recoge en su Sentencia 49/2010, de 4 de febrero, en

---

<sup>19</sup> SSTS. 257/2005, 28 de febrero; 1274/2004, 5 de noviembre; 1720/2003, 23 de diciembre; 1526/99, de 2 de noviembre.

el sentido de que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifieste su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley,<sup>20</sup> o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor<sup>21</sup> o cuando la resolución adoptada no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos<sup>22</sup>. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

### 5.2.2. La doctrina

Desde el punto de vista de la doctrina (González Cussac 1997, p.55) expone las cuatro teorías de la noción de injusticia que se han formulado y que, en síntesis, se exponen a continuación:

- a) *Teoría subjetiva*. Según esta teoría existiría injusticia si el funcionario dicta la resolución en contra de sus propias convicciones. No prevaricaría el servidor público que actuara de acuerdo con su conciencia. Para esta teoría no tiene la menor importancia lo que diga la ley. Tal planteamiento no ha encontrado demasiado eco en la doctrina alemana y mucho menos en la española. Su desprecio al ordenamiento jurídico, al sistema de fuentes y a la división de poderes es realmente sobrecogedor. Todos los ciudadanos, y muy especialmente los funcionarios públicos, están sujetos a la ley. Por tanto, el término injusticia se mide en referencia al ordenamiento positivo, y no mediante una grave confusión de elementos objetivos y subjetivos del tipo.
- b) *Teoría objetiva*. Es la corriente dominante en Alemania y España. El término injusticia ha de medirse en relación al ordenamiento jurídico, de modo que injusta será toda resolución contraria a Derecho. Se trata de un elemento normativo del tipo, que habrá de valorarse en cada caso concreto en base a consideraciones materiales y

---

<sup>20</sup> STS. 1497/2002, de 23 de septiembre.

<sup>21</sup> STS. 878/2002, de 17 de mayo.

<sup>22</sup> STS. 76/2002, de 25 de enero.

no puramente formalistas. Es un concepto objetivo completamente independiente de las condiciones particulares del sujeto. En un sistema democrático como el nuestro, donde se proclama la vigencia de un Estado de Derecho, solo puede ser aceptada como válida esta noción de injusticia. Sin embargo, se abren numerosos interrogantes, tales como el de si el parámetro de referencia establecido en el derecho se limita solo al derecho positivo o también incluye el supralegal; la problemática peculiar de las leyes multívocas, la de la discrecionalidad; y la de los conceptos jurídicos indeterminados; así como la de determinar si toda ilegalidad o contrariedad a derecho constituye injusticia o si se precisa de alguna magnitud específica.

- c) *Teoría intermedia o de los deberes*. Como señala el citado autor, se debe en gran medida a Rudplphi, quien después de pulverizar las concepciones subjetivas y aun partiendo de postulados objetivistas, señala una serie de inconvenientes, como el de las leyes multívocas o la cuestión de la discrecionalidad. Para este autor la solución pasa por valorar también los estímulos móviles o intereses tenidos en cuenta por el funcionario a la hora de dictar la resolución. Si estos estímulos, móviles o intereses son ajenos al derecho habrá prevaricación al operar como elementos subjetivos del injusto. De igual modo, introduce otro módulo de referencia, basado en el examen de los medios y métodos científico-jurídicos utilizados por el sujeto activo. De suerte que existirá prevaricación siempre que se haya despreciado la solución más ajustada a derecho.
- d) *Teoría mixta*. Según esta teoría, junto a una objetiva injusta en el comportamiento del funcionario, se precisa además, como elemento típico no escrito, una tendencia subjetiva de contradecir el derecho. Es decir, se exige la presencia de un elemento subjetivo del injusto, con lo que no tuerce el derecho quien simplemente realiza una acción objetivamente contraria a derecho, sino que se requiere que lo haga con la intención o tendencia de torcer el derecho (Octavio de Toledo, 1980, p.351).

En España la doctrina mayoritaria se muestra decididamente partidaria de las tesis netamente objetivas, habida cuenta de la peculiar regulación legal, que desde 1870 y hasta 1995 castigaba también la modalidad imprudente, posibilitando así un diáfano deslinde entre los requisitos objetivos y subjetivos de la infracción.

## 6. TIPO SUBJETIVO

El delito de prevaricación solo puede ser cometido dolosamente al haber desaparecido la modalidad imprudente del artículo 358.2 del Código Penal de 1973.

El artículo 404 del Código Penal establece que, para cometer prevaricación, la autoridad o funcionario público deberá, *a sabiendas de su injusticia*, adoptar una resolución arbitraria en asunto administrativo. Se exige por tanto que el funcionario dicte la resolución con conciencia y voluntad del acto, con intención deliberada y plena de conciencia de la ilegalidad e injusticia de la resolución (STS. 1160/2011, de 8 de noviembre).

Añade el Tribunal Supremo en su ST. 49/2010, de 4 de febrero la necesidad de que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente. Su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la STS. 766/99, de 18 de mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución *a sabiendas* se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el art. 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

En cuanto a la posibilidad de cometer el delito con *dolo eventual*, cabe decir en opinión de (Morales Prats/Rodríguez Puerta 2005, p.2053) que quizá con la desaparición de la modalidad imprudente, la cuestión debería plantearse en términos distintos. El dolo es el modo necesario para cometer la prevaricación. Las dudas nacen cuando se pregunta la posibilidad de que ese dolo sea eventual. Una parte de la literatura científica (González Cusac) avala que sea posible esta forma de dolo, ya que en caso contrario se producirían resultados como puedan ser los casos en que los funcionarios teniendo serias dudas sobre la legalidad de su actuación, sin embargo la llevan adelante.

Al hilo de lo anterior, la ST. 77/2012, de 17 de febrero del Juzgado de lo Penal Nº 3 de los de Palma de Mallorca, recoge la STS. Sala 2ª de 1 de julio de 2009 que contiene un detallado análisis del delito de prevaricación y que, respecto de la cuestión analizada aquí, destaca que el término *a sabiendas* no solo elimina del tipo en cuestión la posible comisión culposa sino la comisión por *dolo eventual*. La exigencia de este elemen-

to subjetivo cualificado no puede llevar, a la llamada subjetivización de este delito, que ha sido razonadamente desechada por la STS. Sala 2ª de 15.10.99 en relación con la prevaricación judicial, pero no puede menos de ser cuidadosamente ponderada cuando se trata de una prevaricación administrativa y el presunto culpable es persona lega en derecho. *Se cometerá prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto adopta un determinado acuerdo porque quiere aquel resultado y antepone su voluntad de cualquier otra consideración.*

Por tanto el Tribunal Supremo niega la perpetración del delito de prevaricación por medio del dolo eventual. Lo que hace es acentuar la exigencia de la plena conciencia de quien resuelve, eso es, el carácter doloso de su actuación para que se produzca el tipo del injusto, pudiendo salvar del mismo a quien adolece de esa plena conciencia en su actuación.

## 7. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

La *consumación* del delito se produce desde el mismo instante en que se lesiona el bien jurídico protegido. Y esto sucede en el momento de dictar la resolución injusta. Se trata de un delito de lesión no de resultado material. Basta con la adopción del acuerdo arbitrario, para entender consumada la infracción, sin necesidad de comprobar los posibles resultados, daños o consecuencias de este acuerdo. Se trata de un delito de mera actividad.

Respecto a la *tentativa completa* en este delito, el mismo ya estaría consumado, porque por definición, se habrá dictado una resolución arbitraria. Nada se opone en cambio, a la apreciación de la *tentativa incompleta*. No obstante, deben tenerse en cuenta las dificultades existentes en muchos casos no solo para ser probada, sino para su misma existencia, ya que como señalan de (Morales Prats/Rodríguez Puerta 2005, p.2054), va a depender en última instancia de *los trámites o sucesivos pasos que requiera la resolución para emitirse*. De igual modo tampoco pueden descartarse hipótesis de tentativa inidónea (Octavio de Toledo, 1980, p.409).

En este sentido, los citados autores al señalar las formas imperfectas de ejecución entienden que es técnicamente posible la tentativa, dependiendo de esos trámites sucesivos de los cuales vaya a depender la resolución para emitirse. Así mismo es posible calificar de tentativa la conducta del funcionario público que vota a favor de la adopción de una resolución arbitraria en aquellos supuestos en los que finalmente no se emite. En tales hipótesis,

el empleado público que votó a favor de la resolución habrá realizado todos los actos necesarios para la consumación del delito aunque finalmente no llegara a consumarse por motivos ajenos a su voluntad.

### 7.1. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Al calificar la prevaricación como *delito especial propio*. Se evocan todas las cuestiones genéricas a autoría y participación que rodean a esta categoría. Entendiendo que los delitos especiales propios como aquellos en los que la realización del tipo está ligada a una concreta cualidad personal.

Tres premisas sobre esta cuestión (González Cussac 1997, p.132):

a) *Autoría única*. Al tratarse de un delito especial propio, la autoría en sentido estricto (Art. 28 párrafo primero CP),<sup>23</sup> solo podrá afirmarse en relación a quienes realicen el hecho por sí solos. De suerte que en este delito los elementos objetivos de la autoría quedan determinados por la cualidad de funcionario público del agente, y como observa la STS. Sala 2ª de 14 de julio de 1995, siempre que además, esos funcionarios detentan facultades decisorias. En definitiva, únicamente podrán ser autores, la autoridad o funcionario, pues solo ellos tienen la capacidad de realizar el hecho, es decir, de dictar resoluciones en asunto administrativo.

b) *Autoría mediata*. Como delito especial propio que es, no cabe la autoría mediata de *extraneus* (particular) sobre *intraneus* (funcionario), pues el particular nunca puede ser autor, ya que no tiene potestad de dictar resoluciones. Y esta afirmación puede mantenerse incluso en las hipótesis de autoría mediata a través de engaño. En estos casos, el particular que mediante informe inexistente o falso, por ejemplo, engaña al funcionario competente, deberá responder por inducción, habida cuenta que si se dan los requisitos del tipo, pero no podrá exigirse la culpabilidad del funcionario instrumentalizado, ya que no actúa *a sabiendas*.

Tampoco cabe en este delito el supuesto contrario, esto es, la instrumentalización del *intraneus* (funcionario) de un *extraneus* (particular), habida cuenta que solo los sujetos cualificados son capaces de realizar la conducta típica (en idénticos términos Octavio de Toledo,

---

<sup>23</sup> Art. 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumentos.

1980 p.408). La autoría mediata es en todo caso autoría en sentido estricto, por tanto quien no sea funcionario público no podrá ser autor de este delito. Si puede aceptarse la autoría mediata de funcionario sobre funcionario siempre y cuando ambos tengan una vinculación directa con la función pública abusivamente empleada (de igual opinión Octavio de Toledo, 1980, p.408).

- c) *Coautoría*. Dos son básicamente las cuestiones a desarrollar. La primera hace referencia a la imposibilidad de aceptar la coejecución del *extraneus* por vía del artículo 28 párrafo primero del Código Penal, al tratarse, de un delito especial propio. Obviamente, el particular no puede realizar directamente ningún acto ejecutivo. En cambio si se acepta la coautoría, en los casos en los que todos los sujetos, además de poseer la cualidad de autoridad o funcionario público, actúan de acuerdo, y dentro de la esfera de sus competencias, encadenan uno o varios acuerdos arbitrarios,<sup>24</sup> siempre y cuando concurren en todos ellos las demás características exigidas en el tipo, y las propias de la categoría de autores.

El segundo punto gira en torno a la coautoría en los órganos colegiados. Nada se opone, como afirma (Octavio de Toledo 1980, p.408), a la posibilidad de conceptuar como coautores de un delito de prevaricación a las autoridades o funcionarios públicos integrantes de un órgano colegiado que conjuntamente dictan una resolución injusta. Y así también lo ha venido interpretando la jurisprudencia<sup>25</sup>, al entender que serán coautores, todos aquellos que con su voto contribuyan a tomar el acuerdo arbitrario<sup>26</sup>. Así son muchos los pronunciamientos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que consideran responsables del delito de prevaricación a todos los miembros del órgano colegiado que contribuyeron con su voto a la adopción del acuerdo injusto (por todas STS. 19 de diciembre 1994).

- d) *Participación*. Se admite la posibilidad de castigar al particular (*extraneus*), tanto como inductor o cooperador necesario, como por complicidad. Debe tenerse en cuenta que se participa solo en el injusto típico, no en la totalidad del hecho delictivo del delito de prevarica-

---

<sup>24</sup> Así se expresan, entre otras las SSTS. Sala 2ª de 12 de diciembre de 1994 y 10 de julio de 1995.

<sup>25</sup> Entre otras las SST. Sala 2ª de 24 de junio 1994; 20 de mayo de 1995; 22 de junio de 1995; 28 de diciembre 1995.

<sup>26</sup> El artículo 27.4 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al regular el funcionamiento de los órganos colegiados exime de responsabilidad a los miembros del órgano que voten en contra o se abstengan.

ción, por lo que se excluyen de la comunicabilidad, el conocimiento de la ilicitud y los demás requisitos de índole personal. De este modo, por la vía de la inducción y de la cooperación necesaria, se resuelven satisfactoriamente muchas situaciones imposibles de reconducir a la autoría estricta, a la autoría mediata y a la coautoría, que de no hacerlo así, comportarían graves contradicciones desde una perspectiva político criminal. Por ej., los casos en que el particular es el que toma la iniciativa o se vale indirectamente del funcionario para obtener una resolución contraria a derecho beneficiosa a sus intereses.

La jurisprudencia no ha dudado en castigar como partícipes en el delito de prevaricación, tanto al *intraneus* (otro funcionario) como al *extraneus* (un particular u otro funcionario no competente), pues su impunidad *repugna a la justicia material y a la conciencia social*.<sup>27</sup>

Respecto a las actuaciones en nombre de otro, previstas en el artículo 31 del Código Penal, debe señalarse, en opinión de (González Cussac 1997, p.135), las dificultades existentes para aplicar este artículo. De un lado, porque las autoridades y funcionarios técnicamente nunca actúan como *administradores de hecho o de derecho*. Y de otro lado, porque en el ámbito de la función pública, las actuaciones en nombre y representación de otro, reciben el nombre de delegación.<sup>28</sup> Por consiguiente, solo mediante el recurso esta técnica, podrá establecerse qué órgano era el competente, y en consecuencia dictó la resolución arbitraria. Pueden darse los supuestos de coautoría y participación.

## 7.2. CONCURSO DE DELITOS

El delito de prevaricación contemplado en el artículo 404 del Código Penal constituye el tipo básico de todos los delitos contra la Administración Pública. Queda generalmente desplazado por todos aquellos cuya esencia consiste de algún modo en la realización de un acto injusto (nombramiento ilegal, abandono de destino, desobediencia, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, cohecho o tráfico de influencias.

Vamos a examinar algunos de los supuestos más frecuentes entre la prevaricación y otros delitos, bien constituyan un concurso aparente de normas, o bien un concurso real o ideal de infracciones.

<sup>27</sup> SSTS. Sala 2ª 24 de junio 1994; 22 de junio 1995; 10 y 18 de enero 1997 y 25 de marzo 1997.

<sup>28</sup> Ver art. 13 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

- A) *Nombramientos ilegales (art. 405 CP)*. La resolución arbitraria consiste en este caso en el nombramiento ilegal. En consecuencia, se producirá un concurso de normas a resolver en favor de este último precepto, por hallarse en relación de especialidad. Aunque más bien parece que deba solucionarse por la vía de la consunción, dado que en los nombramientos ilegales el tipo puede realizarse tanto proponiendo (no hay resolución) como nombrando o dando posesión (si la hay).
- B) *Cohecho (art. 419 CP)*. Las relaciones con el delito de cohecho son mucho más sencillas, puesto que su consumación se verifica sin necesidad de ejecutar acto alguno (STS. 17 de julio de 1995). Pero fuera del supuesto del artículo 419, donde este constituye delito y se deberá castigar separadamente, la pena se impone en función directa de si el acto se ha ejecutado o no. Si no se ha ejecutado no podrá tampoco haber existido prevaricación. Si por el contrario sí se ha ejecutado, entonces la pena del cohecho aumenta, con lo que parece absorber también ese mayor contenido de injusto. Se resuelve entonces el conflicto por la vía del concurso de leyes, aplicando la regla de subsidiariedad expresa. Téngase además en cuenta que en todos estos casos se impone también para todos los delitos de cohecho la pena de inhabilitación especial.
- C) *Tráfico de influencias (art. 428 CP)*. Existe cierto acuerdo en que este delito se diferencia del de prevaricación por la concurrencia de tres notas características: la conducta típica consistente en *influir*; se precisa un especial ánimo de obtener beneficio económico; y, que además de la lesión al correcto ejercicio de la función pública, fundamentalmente se protege la libre formación de la voluntad del funcionario, su imparcialidad y el interés general.
- Según (González Cussac 1997, P.136) para un sector doctrinal y cita a (Orts Berenguer y Valeige Álvarez) y jurisprudencial, nos encontramos ante un supuesto de concurso medial (artículo 77 CP), pues presentan una estructura de medio a fin: se influye para obtener una resolución arbitraria. Sin embargo, otro sector de la doctrina (Cugar Mauri y López Garrido y García Arán) opina que nos hallamos ante un concurso de normas, que ha de resolverse por la regla de especialidad a favor del tráfico de influencias. En realidad los supuestos problemáticos se reducen a uno: el *extraneus*, funcionario que actúa fuera de sus competencias o particular (arts. 428 y 429 CP) que influyen en el funcionario con competencias en la materia, para que este dicte una resolución arbitraria. Respecto a este último resulta evidente su responsabilidad como autor de un delito de prevarica-

ción del artículo 404. La polémica se centra en la calificación de la conducta del primero, que presenta dos alternativas. O responde solo por una inducción al delito de prevaricación; o bien responde únicamente por autoría del delito de tráfico de influencias; o por último, se le imputan ambas en concurso de medio a fin.

La primera solución debe descartarse porque supondría privilegiar al inductor de una prevaricación, esto es, dictar resolución arbitraria, que se castigaría solo con pena de inhabilitación especial, mientras que el inductor o el que ejerce influencias, para que otro dicte una resolución no arbitraria, respondería en cambio por los artículos 428 o 429 del Código Penal, con las penas de inhabilitación y además de prisión. En definitiva, se sancionaría más gravemente al que influye o induce a otro a dictar una resolución no arbitraria que el que induce a otro a dictar una resolución arbitraria. Del mismo modo, debe descartarse la tercera solución consistente en apreciar un concurso medial de delitos, en la medida que la forma de influir (arts. 428 y 429) constituye a la vez la inducción al delito de prevaricación (artículo 404). De modo que si se valoran o toman en consideración dos veces, quedaría conculcada la prohibición constitucional de *ne bis in idem* material. De lo anterior se deduce que ha de optarse por apreciar un concurso de normas del que resultaría desplazado el delito de prevaricación en favor del delito de tráfico de influencias. Dos razones avalan esta solución. De una parte, que este último delito contempla el desvalor del hecho (por ejemplo, el ánimo de obtener un beneficio económico), y de otra parte, pero en consonancia con este mayor plus, atribuye una mayor penalidad.

D) *Compatibilidad con otros delitos contra el ejercicio de la función pública.*

Únicamente debe matizarse que cuando la resolución arbitraria sea el medio para cometer otro delito, estaremos en presencia de un concurso ideal.

E) *Compatibilidad con otros delitos.* Nada impide la aplicación de un concurso ideal de delitos, entre la prevaricación, y figuras como la estafa, falsedad o delitos contra los derechos de los trabajadores.<sup>29</sup>

F) *Relación con las prevaricaciones específicas o especiales.* Son las contenidas en los artículos 320, 322 y 329 del Código Penal, se produce un concurso de normas, a favor de la estimación de cualquiera de estas últimas, que desplazará a la figura contemplada en el artículo 404.

---

<sup>29</sup> STS. Sala 2ª 12 de diciembre de 1994.

Tanto si se considera que existe una relación de especialidad (art. 8.1 CP) como si se piensa que las prevaricaciones específicas contemplan de una forma más amplia o compleja la totalidad del hecho enjuiciado.

G) *Respecto al delito continuado de prevaricación.* Nada se opone a que si se dan los requisitos previstos en el artículo 74.1º del Código Penal, para apreciar un delito continuado de prevaricación, como así ha reconocido la jurisprudencia,<sup>30</sup> pero para ello será preciso que se dicten varias resoluciones arbitrarias, no bastando que de una sola resolución se deriven otras actuaciones ilegales.

## 8. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO. PENALIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL

### 8.1. PENALIDAD

Como señala (Jesús Catalán Sender 1999, p.72), en otros ordenamientos jurídicos penales de derecho comparado la pena de esta figura delictiva (o de la equivalente a la misma) es una pena privativa de libertad.

Nuestro Código Penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015 al artículo 404 dispone que al autor del delito de prevaricación “*se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de nueve a quince años*”. Esta pena que la doctrina penal incardina dentro de las penas privativas de derechos (no de libertad), supone la “*muerte civil*” del funcionario por las enormes repercusiones o consecuencias que aquella trae consigo.

Los efectos de la inhabilitación especial se encuentran contemplados en el artículo 42 del Código Penal<sup>31</sup> que dispone: «*La pena de inhabilitación especial para empleo cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere*», es decir, el funcionario pierde dicha condición, deja de ser funcionario. Solo podrá adquirir dicha condición con la presentación a nuevas oposiciones y una vez transcurrido el tiempo de la condena.

No obstante a lo anterior, el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril prevé, en su artículo 68, la posibilidad de rehabilitar en la condición de funcionario a aquellos que la

<sup>30</sup> STS. Sala 2ª 24 de febrero de 1995.

<sup>31</sup> Art. 42 CP. La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

hubieran perdido por haber sido condenados a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido. La competencia para rehabilitar al funcionario la otorga la ley a los órganos de gobiernos de las Administraciones Públicas los cuales, con carácter excepcional, podrán conceder la rehabilitación a petición del funcionario. Si transcurrido el plazo para dictar resolución, no se hubiera producido de forma expresa, se entenderá desestimada la solicitud.

Con respecto a los cargos electos (ej., alcalde) condenado a la pena de inhabilitación especial para dicho cargo, solo podrá presentarse a la elección como edil municipal una vez concluido el tiempo que dure la inhabilitación, de ahí que, como añade el precepto, tal pena suponga «*la incapacidad para obtener el mismo cargo u otros análogos, durante el tiempo de la condena*». Por lo demás, el cargo o empleo de que se priva debe ser delimitado o concretado en la sentencia.

Sin embargo la operatividad de los efectos de la pena de inhabilitación resulta muy dispar, según afecten a una autoridad o funcionario o que afecten a un particular. Para el primer grupo, los dos efectos de la pena cobrarían realidad, mientras que en el grupo de los particulares solo operaría el segundo, pero no el primero, pues no se puede privar de la cualidad de autoridad o funcionario público a quien no la tiene.

Esta diferencia en el alcance de los efectos de la pena de inhabilitación, encontraría justificación en la diferencia de posición que ocupan en el ordenamiento jurídico los particulares y las autoridades y funcionarios públicos, pues si aquellos no poseen capacidad de dictar resoluciones diferente también ha de ser su responsabilidad criminal. Luego no ha de sorprender que al autor *intrañeus* le corresponda una penalidad más grave, mientras que al partícipe *extraneus* le pertenezca un castigo menos grave.

Respecto al alcance de la inhabilitación especial para empleo o cargo público, conlleva por disposición legal expresa la pérdida definitiva de la condición de autoridad o funcionario. Sin embargo, su alcance no puede entenderse indeterminado o ilimitado, como la equivalencia a la privación de todo cargo o empleo público. Muy al contrario, solo podrá extenderse, y así expresamente deberá fijarse en el fallo, al ámbito de lo público directamente vinculado con el hecho delictivo realizado. En este sentido la STS de 20 de abril de 1995, limita la eficacia de la inhabilitación especial impuesta a unos concejales al ámbito de la Administración local.

En conclusión, debe precisarse exactamente para qué empleo o cargo público se extiende la inhabilitación, porque a diferencia de la inhabilitación absoluta, no puede privarse al condenado del ejercicio de «todo» empleo o cargo público. Se ha de limitar el contenido de la pena a la función

abusivamente desempeñada que se encuentre directamente relacionada con el delito en cuestión.

## 8.2. RESPONSABILIDAD CIVIL

### 8.2.1. Regulación y naturaleza

El Código Penal regula en el título V del libro I (capítulos I y II), la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas. Sin embargo las obligaciones civiles *ex delicto* no nacen propiamente del delito (aunque es necesaria la declaración de su existencia), sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios (STS. 298/2003, de 14 de marzo), sin que las normas que articulan la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito pierdan su naturaleza civil aunque se hallen recogidas en una norma penal (SSTS. 39/99, de 22 de enero y 895/97, de 26 de septiembre, entre otras), respondiendo esta realidad, (Rodríguez Ramos 2006, p.276), a una mera razón e inercia históricas: cuando se promulgó el primer Código Civil español, ya habían visto la luz los códigos penales de 1822, 1848, 1859 y 1870, por lo que ante la falta de disposiciones civiles específicas codificadas, el legislador penal optó por introducir las en el propio Código Penal.

Señala el artículo 110 del Código Penal<sup>32</sup> que la responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas comprende:

- a) La restitución.
- b) La reparación del daño.
- c) La indemnización de perjuicios materiales y morales.

---

<sup>32</sup> Art. 111 CP: 1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y este lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. 2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerlo irreivindicable.

Art. 112 CP: La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el juez o tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquel y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por el mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

Art. 113 CP: La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no solo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.

La restitución, la reparación del daño y la indemnización pertenecen al concepto más amplio de resarcimiento, entendiendo por tal la forma genérica de eliminación o neutralización del daño causado por el delito, mediante la prestación de un equivalente, cualquiera que sea la naturaleza del daño patrimonial o no patrimonial y cualquiera que sea el modo mediante el cual esa finalidad se logre, prestación pecuniaria o específica, reparación o indemnización entran en el concepto general de resarcir conforme declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de febrero de 1986.

### **8.2.2. La posición subsidiaria de la Administración**

El artículo 121 del Código Penal<sup>33</sup> declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos de los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos sean autoridades o funcionarios públicos.

Lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado (Rodríguez Ramos 2006, p.285) por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial.

Así pues, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos se producirá en los siguientes casos (SSTS. 860/2003, de 13 de junio y 1046/2001, de 5 de junio):

- a) Cuando los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, de los que proviene el daño a indemnizar:
  1. Sean autoridades, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos.
  2. Que el hecho se hubiere cometido cuando estos se hallaban en el ejercicio de sus cargos o funciones.

---

<sup>33</sup> Art. 121 CP. El Estado, la comunidad autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos y culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

3. Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados.
- b) Cuando no sean responsables, de los delitos productores del daño, las personas enumeradas (autoridades, funcionarios o asimilados) y se den las siguientes circunstancias:
1. Que se cometan en un establecimiento de los que sean titulares o se hallen sometidos al control del Estado y demás organismos públicos.
  2. Que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los reglamentos de policía o demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible.
  3. Que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito, tiene que ser, la infracción reglamentaria casualmente influyente en el delito, cuyos daños se tratan de resarcir.

Por tanto en el delito de prevaricación, deben aplicarse sin mayores problemas las reglas generales de la responsabilidad civil *ex delicto*, teniendo presente la posición subsidiaria de la Administración conforme a lo dispuesto en el artículo 121 del Código Penal.

Únicamente debe tenerse en cuenta que como quiera que los posibles resultados dañosos que una prevaricación puede, en ocasiones, conllevar, no están recogidos en el tipo de injusto, han de evaluarse a efectos de responsabilidad civil como afirma la STS. de 14 de septiembre de 1990 al establecer que «*los daños causados en los supuestos de prevaricación carecen de autonomía según ha estimado esta Sala, por ser secuelas civiles de la prevaricación cometida*».

Palma de Mallorca, 24 de junio de 2014

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Muñoz Conde, F. *Derecho Penal Especial*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch 2010.
- Catalán Sender, J. *Los Delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*. Barcelona. Editorial Bayer Hermanos y Compañía 1999.

- González Cussac, J. *El Delito de prevaricación de autoridades y funcionarios*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch 1997.
- Suárez-Mira Rodríguez, C. (Coordinador). *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*. Madrid. Editorial Cívitas 2011.
- Quintero Olivares, G (Director). *Comentarios al nuevo Código Penal*. Cizur Menor (Navarra). Editorial Aranzadi 2005.
- Octavio de Toledo, E. *La prevaricación del funcionario público*. Madrid. Editorial Cívitas 1980.
- Rodríguez Ramos, Luis. *Compendio de Derecho Penal. Parte general*. Madrid. Editorial Dykinson SL. 2006.
- Rodríguez Devesa y Serrano Gómez. *Derecho Penal Español. Parte especial*. Madrid. Editorial Dykinson 1995.
- Gimbernat Ordeig, E. *Código Penal*. Madrid. Editorial Tecnos 2013.
- Ortiz de Urbina Gimeno, I. *Lecciones de Derecho Penal*. Barcelona. Editorial Atelier. 2006.
- Gómez Tomillo, M. *Comentarios al Código Penal*. Valladolid. Editorial Lex Nova. 2010.
- Sánchez Melgar, J. *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. Madrid. Editorial Sepir 2006.