

- LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: «El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador». Madrid 1996.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: «Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción». Madrid 1994.
- MARTÍN CANIVELL, J.: «Prevaricación» (*La Ley*, 1996, I, pág. 1967).
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios» (ADPCP 1991, II).
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «De nuevo sobre el delito de prevaricación en el caso *Barreiro*» (ADPCP, 1005-I).
- MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a J.: «Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal» (Director G. QUINTERO OLIVARES y Coord. J. M. VALLE MUÑIZ). Pamplona 1996.
- MUÑOZ CONDE, F.: «Derecho Penal. Parte Especial». 11.^a edición. Valencia 1996.
- MIR PUIG, S.: «Nombramientos ilegales». (Nueva Enciclopedia Jurídica Seix) Barcelona 1982.
- NIETO GARCÍA, A.: «Derecho Administrativo sancionador». Madrid 1993.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «La prevaricación de funcionario público». Madrid 1980.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos» (*La Ley*, 8 octubre 1996).
- ORTS BERENGUER, E. (con VIVES-BOIX-CARBONELL-G. CUSSAC): «Derecho Penal. Parte Especial». 2.^a edición. Valencia 1996. Ver también «Comentarios al Código Penal de 1995». (Coord. T. S. VIVES). Valencia 1996.
- ROLDÁN BARBERO, H.: «De la prevaricación administrativa». (*La Ley* 8 febrero 1994).
- SUÁREZ MONTES, R. F.: «El delito de malversación de caudales públicos». (R. G. 2.5.1996).
- VAILEGE ÁLVAREZ, I.: «El delito de cohecho propio». Madrid 1996.
- VV.AA.: «Comentarios al Código Penal de 1995». (Coord. VIVES ANTÓN). Valencia 1996.
- VV.AA.: «Delitos de los funcionarios públicos» (director E. Orts Berenguer. *Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P. 5.1996).
- VIVES ANTÓN, T. S.: «La libertad como pretexto». Valencia 1995.

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

SUMARIO: — I. CONCEPTO DE AUTORIDAD Y FUNCIONARIADO PÚBLICO. — II. PREVARICACIÓN Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS: A) Prevaricación de funcionarios; B) Nombramientos ilegales; C) Aceptación de nombramiento ilegal.

Siguiendo los precedentes de los Proyectos de Código penal, el Código penal de 1995 recoge la mayoría de los delitos que anteriormente se tipificaban en su Título VII bajo la rúbrica «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en el Título XIX bajo la rúbrica de los «Delitos contra la Administración pública».

La cualidad de funcionario público (o de autoridad) no debería tener, en principio, trascendencia como tal en la calificación típica de los hechos punibles, pudiendo operar, todo lo más, como circunstancia agravante en aquellos casos en que se den los presupuestos del número 7 del art. 22 (prevalencimiento del carácter público). Pero en relación con algunos delitos, el Código penal exige esa cualidad como elemento configurador del tipo. La mayoría de estos delitos, en los que la cualidad de funcionario es elemento típico, se recogen en el Título XIX. Originariamente, se pretendió incluir en un solo Título prácticamente todos los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (Código de 1822), pero la posterior evolución codificadora a partir del Código penal de 1870 ha ido segregando una gran parte de estos delitos a otros lugares del Código, agrupándolos en función del bien jurídico protegido. Así sucede, por ejemplo, con los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (capítulo V del Título XXI), o actualmente con el delito de prevaricación judicial tipificado en el Título XX como delito contra la Administración de Justicia. No todos los delitos que puedan cometer los funcionarios públicos (o autoridades) en relación con el ejercicio de sus cargos son reconducibles a un denominador común. Incluso respecto a los delitos recogidos ahora en el Título XIX se hace difícil encontrar un bien jurídico común a todos ellos, que sólo puede hallarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la confianza de la

sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración pública en general, conceptos poco indicativos, en realidad, de la naturaleza de estos delitos. En relación con la regulación anterior OCTAVIO DE TOLEDO consideraba que la concepción del «deber del cargo» como bien jurídico en los «delitos de funcionarios» traduce una visión totalitaria de la actividad administrativa, inclinándose por indagar en cada tipo delictivo el aspecto o cualidad del *ejercicio de la función pública* cuestionada por la conducta del funcionario. Lo mismo puede decirse ahora con la actual regulación. En realidad, la Administración pública de la que se habla en la rúbrica de todo el Título XIX no es más que el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican, pero luego hay que identificar en cada caso el aspecto de la Administración que en cada uno de ellos se cuestiona. Este concepto genérico de Administración pública es el que se ofrece en el art. 103 de la Constitución: «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». Fuera de este concepto quedan, en todo caso, los delitos contra la Administración de Justicia, que se tipifican en el Título XX, que afectan a un marco más específico con autonomía propia como es la Administración de Justicia, más emparentado con otro de los Poderes del Estado, el Poder Judicial, que es el encargado de administrar Justicia (cfr. art. 117.1 Constitución).

I. CONCEPTO DE AUTORIDAD Y FUNCIONARIO PÚBLICO

En todo caso, sigue siendo un problema común a la interpretación de la mayoría de estos delitos el *concepto de autoridad y de funcionario público*, para cuya solución hay que acudir a la definición que de los mismos da el art. 24, aunque luego haya que hacer las matizaciones correspondientes a la vista de lo que digan los correspondientes tipos penales. Dice así el art. 24 del Código penal:

«1. A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí sólo 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 del ejercicio de funciones públicas».

Dado que el concepto de funcionario público que se da en este precepto no coincide con el que da el Derecho administrativo, conviene hacer algunas precisiones que maticen y expliquen las razones por las que se da este concepto penal específico. Posteriormente veremos el concepto de autoridad, cuyas funciones se equiparan, en todo caso, a efectos penales, con las del funcionario.

a) A efectos penales el *concepto de funcionario público* se caracteriza por las siguientes notas:

1.º) En primer lugar, para que pueda hablarse de funcionario público a efectos penales tiene que haberse dado una incorporación de la persona en cuestión a la actividad pública, por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, aunque estas tres fuentes de la incorporación pueden reducirse a una: a la disposición inmediata de la ley, por cuanto la elección o el nombramiento tienen que basarse en una ley que las determine. Todo el que realice funciones públicas, careciendo de este requisito, no es funcionario a efectos penales. Así, por ej., el particular que auxilia a un funcionario agredido o que ejerce arbitrariamente funciones públicas no es funcionario. No obstante, en algún caso el Código atribuye la cualidad de funcionario a efectos penales al particular que realiza determinadas funciones, como por ej., a los efectos del delito de malversación de caudales públicos, al particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos (art. 435, 2.º); o a los del delito de violación de secretos, al particular encargado accidentalmente del despacho o custodia de documentos (art. 416), bastando, pues, esta atribución para asignarle esta cualidad, siempre que obviamente se dé esa incorporación a la actividad pública en cuestión (en este caso la custodia de caudales públicos o embargados, o de los documentos en cuestión). Obsérvese, sin embargo, que otras veces se castiga al particular por haber atentado contra la integridad de la función pública, como sucede por ej. en los delitos relativos al tráfico de influencias (art. 429), o en algunos casos de cohecho (arts. 423 y 424), sin que esté incorporado a la función pública; en realidad, estos delitos no son delitos cometidos por funcionarios públicos, pero sí delitos contra la Administración Pública, que lógicamente no requieren la incorporación del sujeto a la actividad pública, aunque su conducta pretenda conculcar el recto funcionamiento de la misma.

Cuestión distinta es la del *funcionario de hecho*, entendiéndose por tal quien, habiendo sido nombrado o elegido legítimamente, no reúne las condiciones necesarias para ello (no tiene el título de Licenciado en Derecho, los requisitos legales exigidos en la convocatoria, etc.). En este caso el así nombrado o elegido es funcionario público a efectos

penales y pueden, en consecuencia, cometer los delitos en los que se exija esa cualidad, en tanto no se ponga término a la anómala situación, sin perjuicio de las sanciones en que incurriere quien lo nombre o él mismo. Cuando el nombramiento es ilegal y el particular acepta ese nombramiento a sabiendas de su ilegalidad, el art. 406 prevé un delito específico del que nos ocuparemos más adelante.

2.º) En segundo lugar, es necesario para el concepto de funcionario público a efectos penales que el sujeto en cuestión participe en las funciones públicas. La complejidad de la actividad administrativa y su injerencia en el ámbito privado hace difícil conceptuar a veces lo que se entiende por función pública. Función pública es la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales. Funciones públicas son las actividades económicas centrales, autonómicas, provinciales y locales, las sanitarias, comunicaciones, enseñanza, sindicales, etc. Pero en ningún caso es suficiente con que se participe en la función pública, es preciso que se haga por alguno de los títulos expresados en el art. 24. De todos modos, no hay inconveniente en considerar que a efectos penales también es funcionario público (o autoridad), quien participa en una actividad pública a través de una sociedad con forma de derecho privado, pero participada por la Administración; y el personal contratado, laboral, etc., siempre que participe del ejercicio de la función pública.

b) La mayoría de los delitos tipificados en el Título XIX son también realizables por la *autoridad* a que se refiere el art. 24. En realidad, no es apenas concebible una autoridad que no participe del ejercicio de funciones públicas, como tampoco es imaginable un funcionario que no tenga cierta potestad de imperio, por lo que los requisitos antes señalados son también de aplicación aquí. Las notas características del concepto de autoridad son el tener *mando* o ejercer *jurisdicción* propia. El mando implica una actividad autoritaria. La jurisdicción, capacidad de resolución en asuntos judiciales o administrativos. Los *agentes de la autoridad* no ostentan estas cualidades, pero en tanto participan en las funciones públicas y estén incorporados en ellos en virtud de los títulos antes citados pueden tener la cualidad de funcionarios públicos.

Pero las definiciones que da el art. 24, con ser tan laxas, no son, sin embargo, lo suficientemente amplias como para servir de denominador común a todos los tipos delictivos contenidos en el Título XIX. Como hemos dicho, en este Título se hacen extensivas responsabilidades penales a sujetos que en ningún modo pueden considerarse funcionarios a efectos penales. Así, por ejemplo, el art. 422 hace extensiva las penas del cohecho a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública; el art.

435, 3.º, las de malversación a los depositarios o administradores de caudales embargados; el art. 416 a los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, etc. Por eso, el concepto de funcionario público, o, en su caso, el de autoridad, es ante todo un *concepto funcional* que debe extraerse del ámbito de cada tipo delictivo en concreto, teniendo en cuenta para ello la finalidad político-criminal perseguida por el legislador con la creación del precepto; y luego en algún tipo delictivo en particular, habrá que ver también las razones por las que se equiparan a ellos determinados particulares a los efectos de determinar el círculo de los posibles sujetos activos del delito en cuestión.

c) Estrechamente relacionado con el concepto de funcionario está el *problema de la participación del no funcionario* en los delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Estos delitos pertenecen al grupo de los *delitos especiales*, por cuanto exigen en los sujetos activos determinadas cualidades personales. La doctrina suele distinguir entre delitos especiales *impropios* y *propios*, según el tipo tenga correspondencia con uno común (por ejemplo, malversación y apropiación indebida) o no (prevaricación). En los impropios resuelve la cuestión de la participación de extraños aplicando el art. 65, por tanto el funcionario responderá por el delito especial y el extraño por el común, independientemente de cuál haya sido su contribución al hecho concreto. En los propios sólo se excluyen la coautoría y la autoría mediata, pero no la hipótesis de participación *stricto sensu* (inducción y cooperación necesaria o no). Creo que la solución respecto a los impropios debe ser también la regla general de accesoriadad de la participación y la unidad de título de imputación: el partícipe (inductor o cooperador) debe responder, por tanto, del delito cometido por el autor, ya que los delitos impropios de los funcionarios no son meras cualificaciones de tipos básicos comunes (el hurto o la apropiación indebida respecto a la malversación), sino delitos autónomos y distintos. El criterio de la «infracción del deber», según el cual el funcionario es siempre autor en estos delitos cualquiera que haya sido su contribución material al hecho, debe rechazarse por cuanto ni el artículo 28, ni los concretos tipos delictivos lo acogen de un modo general, salvo en algunos supuestos específicos. Eso quiere decir que sólo en aquellos casos en los que se equiparan el hacer activo del funcionario y el simple consentir que el extraño realice la conducta activa puede aceptarse la teoría de los «delitos consistentes en la infracción de un deber», como, por ejemplo, sucede cuando el funcionario o autoridad consiente en la destrucción o inutilización de un documento del que tenga su custodia (art. 414,1), o permite el acceso a esos documentos (art. 415; en relación con los secretos relativos a la defensa nacional, el art. 601 castiga in-

cluso al encargado de la custodia de esos secretos que «por imprudencia grave» diere lugar a que otro los conociera); o en la malversación de caudales públicos, cuando el funcionario consiente que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos (art. 432). Respecto a la intervención del particular en estos delitos, muchas veces el problema se ha resuelto expresamente elevando a la categoría de delito independiente contra la Administración pública la conducta del particular que, por ej. en el art. 418, se aprovecha de la información privilegiada suministrada por el funcionario o autoridad; o en el art. 423 que castiga al particular que intenta corromper a las autoridades o funcionarios públicos; o en el art. 429 que castiga al particular que influyere en un funcionario o autoridad.

d) En todo caso, debe tenerse en cuenta que respecto al funcionario público, la responsabilidad penal en esta materia corre paralela con una *responsabilidad disciplinaria*, dado el carácter de infracción del oficio público que estos delitos tienen. Esta responsabilidad disciplinaria puede ser incluso más grave que la penal, pudiendo llegar en los casos de infracciones muy graves (y la mayoría de los delitos comprendidos en el Título XIX lo son) a la separación definitiva del servicio (Ley de Funcionarios civiles, arts. 87 y ss.; Reglamento de Régimen disciplinario de 16 de agosto de 1969, etc.). De este modo se infringe el principio *ne bis in idem* y se produce una subversión de valores, poniéndose una vez más en nuestro Ordenamiento la gravedad de la sanción administrativa por encima de la gravedad de la sanción penal. El TC en diversas resoluciones (30 enero 1981, 3 octubre 1983) ha establecido una dependencia, en cuanto los hechos probados, de la sanción disciplinaria respecto a la sanción penal, pero mantiene la posibilidad de ambas sanciones, cuando además de un delito la acción del funcionario afecta al servicio público. Cfr. art. 42 Código Penal.

e) Distinta de la responsabilidad penal y de la responsabilidad disciplinaria es la *responsabilidad política* que suele plantearse con frecuencia cuando se dan casos relacionados con los delitos de los que aquí se trata, en los que pueden estar involucradas autoridades políticas. Corresponde al Parlamento el control y la exigencia de responsabilidad política por el mal uso o el abuso y la desviación en el ejercicio del poder político, incluso aunque éste se ejerza sin rozar los límites del Derecho penal. Así, por ej., un personaje político no tiene por qué ser hecho responsable penalmente de hechos de corrupción incluso delictivos que hayan cometido sus parientes, colaboradores o subordinados, utilizando indebidamente su nombre o las facultades en ellos delegadas por el personaje en cuestión. Pero aunque no tenga responsabilidad penal, siempre le queda al político la posibilidad de la dimisión o la rendición de cuentas ante el Parlamento: la responsabilidad penal no exime

de la responsabilidad política, como tampoco la política tiene que eximir de la penal. Ambas van por derroteros distintos y no tienen por qué excluirse o impedirse mutuamente. La trascendencia social y política de estos hechos es lo que, de todos modos, explica el que algunos de los delitos aquí tipificados (infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales y las negociaciones prohibidas a los funcionarios) sean enjuiciables por el *Tribunal del Jurado*, de acuerdo con la Disposición Final 2.ª del Código penal.

II. PREVARICACIÓN Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

El Capítulo I del Título XIX contiene bajo el nombre «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos» una pluralidad de tipos delictivos de difícil reducción a un denominador común. El mismo significado lingüístico de «prevaricación» es excesivamente vago, por cuanto sólo 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, mientras que los tipificados en los arts. 405 y 406 vienen referidos a determinados comportamientos en relación con el nombramiento ilegal de alguien para un cargo público o con la aceptación de ese cargo.

A) Prevaricación de funcionarios

Dice el 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 siete a diez años».

Este precepto constituye el tipo básico de otros delitos de prevaricación que se remiten a este 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, por ej., la ordenación del territorio (art. 320), la conservación del patrimonio artístico (art. 322), la protección del medio ambiente (art. 329). La redacción de estos preceptos no coincide literalmente con la del art. 404 (por ej. se utiliza en ellos la expresión «contrarias 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, aunque en su caso habrá que tener en cuenta las particularidades típicas de

cada caso. No sucede lo mismo con la prevaricación judicial que, como delito contra la Administración de Justicia, se tipifica en el Título XX con una regulación mucho más amplia.

La «prevaricación administrativa» es tanto en su elaboración teórica (merced a los importantes trabajos de OCTAVIO DE TOLEDO, MARTÍNEZ PÉREZ, ROLDÁN BARBERO, GONZÁLEZ CUSSAC y, en lo que se refiere a la prevaricación judicial, de GARCÍA ARÁN), como en su aplicación práctica (a través de importantes STS de 25 abril 1988, 17 septiembre 1990, 26 febrero 1992, mayo 1994, 24 junio 1994, 4 julio 1996) un delito elaborado en los últimos años, sobre todo a partir de una concepción democrática del poder, en el que éste pasa a ser controlado judicialmente en sus desviaciones y excesos, llegándose incluso 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 sólo 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 (art. 103 CE) son básicos en el Estado de Derecho. Cuando no sólo 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 sólo 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 instrumentos jurídicos. Algunas de estas infracciones constituyen tipos delictivos específicos como son la infidelidad en la custodia de documentos, la revelación de secretos, el cohecho, la malversación, etc., que se recogen en este Título XIX que regula los Delitos contra la Administración pública; pero para sancionar adecuadamente otras actuaciones administrativas incorrectas igualmente merecedoras de sanción penal se requiere de un delito genérico de prevaricación que, de algún modo, constituye el tipo básico al que reconducir los hechos que no son subsumibles en otros tipos delictivos del Título XIX más específicos. Esta es la función que cumple el art. 404, cuyo estudio vamos a realizar.

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 (así, por ej. STS 25 abril 1988; GONZÁLEZ CUSSAC; a favor de esta posibilidad, OCTAVIO DE TOLEDO). Sin embargo, el reconocimiento en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común de una cierta eficacia jurídica a los llamados «actos presuntos» posibilita que también por esta vía pueda hablarse de acto administrativo y que, por tanto, éste pueda dar lugar a un delito de prevaricación, siempre que se trate de un «asunto administrativo», es decir, de un asunto en el que se realicen funciones características de la Administración pública y el sujeto que las realiza tenga al menos aparentemente (recuérdese lo dicho *supra* sobre el funcionamiento de hecho) la cualidad de funcionario o autoridad.

Mayores dificultades presenta la interpretación de los términos «injusticia» y «arbitraria». En la anterior redacción sólo se hablaba de «resolución injusta» (cfr., por ej., art. 358 del anterior Código penal), pero la sustitución de este término por el de «arbitraria» no ha cambiado mucho las posibilidades interpretativas de este delito, por cuanto 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 (cfr. arts. 320, 322, 329, 446 y 447). El concepto de injusticia es *objetivo* y, por tanto, no depende de las convicciones particulares o subjetivas del funcionario. Aunque 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, el cumplimiento de principios interpretativos básicos, etc. En definitiva, el problema de lo que debe entenderse como injusta se traslada al ámbito de la interpretación, debiendo entenderse como injusta toda interpretación jurídica que sea difícilmente justificable en el plano teórico. También actuaciones «de facto» en las que, aparentemente, no se conculcan normas jurídicas pueden constituir una injusticia y, por tanto, prevaricación, por ej., el retraso excesivo en la adopción de una resolución, la arbitrariedad (que no es la esencia de la prevaricación, sino una forma de manifestación de la misma), la desviación de poder, la decisión desigual de supuestos iguales (se le da, por ej., la licencia de construcción a unos, pero no a otros, que se encuentran en la misma situación; se impone la sanción de tráfico a un conductor que la ha realizado, pero no a otros que también la realizan, pero que son amigos del policía). Igualmente, puede considerarse injusta la decisión materialmente correcta, pero adoptada sin tener en cuenta las normas procedimentales más elementales (conceder autorización a

una empresa de juegos no inscrita, sin previa convocatoria y sin requerir los informes preceptivos, cfr., por ej., STS 17 septiembre 1990: «caso Barreiros», y el comentario crítico a la misma de MARTÍNEZ PÉREZ). En todos estos casos, la posibilidad de recursos administrativos que invaliden la resolución administrativa adoptada no elimina la existencia del delito de prevaricación.

Tipo subjetivo

La exigencia de que la resolución se adopte «a sabiendas de su injusticia» limita la posible exigencia de responsabilidad penal por este delito a los comportamientos injustos más graves y patentes, quedando fuera del art. 404 las resoluciones injustas objetivamente, pero adoptadas por negligencia, imprudencia, error o ignorancia, que pueden dar lugar, sin embargo, a sanciones de tipo disciplinario y a responsabilidad civil.

Concurso

Al constituir el art. 404 el tipo básico de todos los delitos contra la Administración Pública, queda generalmente desplazado por todos aquéllos cuya esencia consiste de algún modo en la realización de un acto injusto (nombramiento ilegal, abandono de destino, desobediencia en la custodia de documentos, violación de secretos, etc.). Cabe, sin embargo, el concurso con el cohecho (art. 419) y con el tráfico de influencias (art. 428).

B) Nombramientos ilegales

Dice el art. 405: «A la autoridad o funcionario público 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».

El ejercicio de la función pública requiere determinadas cualidades en la persona llamada a ejercerla, variables según la función concreta a desempeñar. La falta de uno de estos requisitos o cualidades determina la nulidad del nombramiento. En el art. 405 se castiga incluso la simple propuesta, aunque no se haya llegado al nombramiento o a la toma de

posesión, que constituyen actos posteriores impunes ya castigados con la propuesta, salvo que se produzcan directamente. Presupuesto objetivo es que el nombramiento (ilegal) se practique en el ejercicio de la competencia del funcionario o autoridad, lo que significa un abuso de esa competencia que es lo que constituye el núcleo del delito. El tipo subjetivo requiere que el nombramiento ilegal se produzca «a sabiendas» de la ilegalidad (MIR PUIG).

C) Aceptación de nombramiento ilegal

El art. 406 castiga con la pena de multa prevista en el art. 405 a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el art. 405, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles. En realidad, se trata de una forma de participación en el delito de nombramientos ilegales visto en el apartado anterior, pero, como sucede en tantas otras ocasiones en este mismo Título, el legislador ha querido resolver los problemas interpretativos que surgen en los delitos especiales propios, elevando a la categoría de delito independiente la participación del particular en su nombramiento ilegal. El tipo requiere igualmente el conocimiento de la falta de los requisitos legalmente exigibles.

El particular nombrado ilegalmente se convierte en *funcionario de hecho*, que además de este delito puede cometer cualquier otro relacionado con la función que ilegalmente desempeñe como consecuencia de su nombramiento ilegal (cohecho, malversación, prevaricación, etc.), que entrará en concurso con el previsto en el art. 406.