

— ORTS BERENGUER, Enrique: *Derecho penal. Parte especial*. Por T.S. Vives Antón, J. Boix Reig, E. Orts Berenguer, J.C. Carbonell Mateu y J.L. González Cussac. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1993.

Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II (Art. 234 a Disposiciones Finales). Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1996.

— QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep: *Derecho penal español. Parte especial*. 3.ª ed. Ed. Bosch. Barcelona, 1996.

— QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Comentarios al Código penal*. 2.ª ed. renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique Gimbernat Ordeig. EDERSA. Madrid, 1966.

— RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho penal español. Parte especial*. 16.ª ed. Ed. Dykinson. Madrid, 1993.

— RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: «Dolo y error en un delito de malversación impropia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 22 de Septiembre de 1989)», en *La Ley*, 1990-2, págs. 1074/8.

— RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Compendio de Derecho penal. Parte especial*. 2.ª ed. Ed. Trivium. Madrid, 1987.

— SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio: «El delito de malversación de caudales públicos», en *RGLJ*, 1966, pgs. 831/79.

— ZABALEGUI MUÑOZ, María del Carmen: «La malversación de caudales públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, IV, págs. 153/200.

LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA EMISIÓN DE INFORMES Y LA TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC

SUMARIO: — I. PLANTEAMIENTO. — II. EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL ARTÍCULO 404: 1. El concepto de resolución; 2. El término «asunto administrativo». 2.1. Requisito subjetivo. 2.2. Requisito objetivo. 2.3. Actos de trámite y reglamentos. 3. La modalidad omisiva. — III. LAS PREVARICACIONES ESPECÍFICAS. — IV. BIBLIOGRAFÍA.

I.- PLANTEAMIENTO

Para abordar correctamente la cuestión de hasta qué punto la emisión de un informe administrativo o la tramitación de un expediente, puede generar responsabilidad penal conforme al nuevo texto punitivo de 1995, se hace preciso distinguir dos ámbitos delictivos completamente distintos.

El primero de ellos se configura en torno al clásico delito de prevaricación de autoridad o funcionario público, contenido en el artículo 404. En este contexto deberemos analizar los conceptos de *resolución*, de *asunto administrativo*, la posibilidad de admisión de la modalidad omisiva, y del informe como forma imperfecta de ejecución o como acto de participación.

El segundo ámbito delictivo se refiere a las nuevas figuras descritas en los artículos 32, 322 y 329, ya denominadas por la reciente doctrina como «prevaricaciones específicas». En ellas, se castiga directamente la emisión de informes favorables *a sabiendas de su injusticia*, en relación a los delitos contra el patrimonio histórico, ordenación del territorio, y medio ambiente.

A continuación, analizaremos estos problemas, con especial atención a la jurisprudencia, distinguiendo estos dos grupos de tipos delictivos.

II.- EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL ARTÍCULO 404

1.- El concepto de resolución

Jurisprudencia y 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 (OCTAVIO DE TOLEDO). 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 afecte a la órbita de los derechos de los ciudadanos (ORTS BERENGUER).

El Tribunal Supremo mantiene una interpretación similar, por no decir idéntica, subrayando la necesidad de su contenido decisorio, que comporte una declaración de voluntad, y que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral (SSTS 10-11-89; 17-9-90; 24-3-92; y 14-11-95, entre otras muchas).

En esta línea, en la STS de 17-2-95 se absuelve del delito de prevaricación al alcalde y a varios concejales, pues el Ayuntamiento únicamente aprobó un informe favorable a la petición de numerosos vecinos. Petición e informe fueron trasladados a la Consejería de Agricultura de la *Xunta*, por la que poseía naturaleza de mero informe y no de resolución. Aquí el Ayuntamiento actuó como transmisor de una solicitud, a la que acompaña su informe no vinculante. Carecía además de competencias para suprimir una vía pública. Tampoco tenía efectos, ni por su contenido, ni por su naturaleza, pues requerían para su practicidad la resolución de otro organismo.

Sin embargo, la STS de 28-12-95 sí condenó por delito de prevaricación la *propuesta de nombramiento* efectuada por un Ayuntamiento, pero que debía ratificarse por el Ministerio de Administraciones Públicas, al considerarla como una auténtica resolución y no como un mero acto de trámite. Es decir, consideró que tenía contenido decisorio (se formuló un voto particular discrepante precisamente en este extremo).

Llamativa es la SAP de Gerona de 18-4-91 (publicada en *Actualidad Penal* 51 de 1991), en la que no se consideró como resolución la conducta de un Alcalde, consistente «en dar consejos» a la Policía Local acerca de la práctica de una detención ilegal.

Muy discutible es también la STS de 29-10-94, en la que se condena al Teniente de Alcalde, nombrado juez-instructor de un expediente disciplinario, por un delito de prevaricación omisiva. Los hechos se

fundamentaron en que el instructor propuso como medida cautelar la suspensión de empleo y sueldo al Jefe de la Policía Local. Acordada ésta por el Alcalde, y transcurridos seis meses, no elevó propuesta de levantamiento de la misma, habiendo sido solicitada por el expedientado y por el propio secretario del procedimiento, que le advirtieron de su duración máxima irrevocable. La cuestión polémica se centra en que todas las facultades decisorias las detenta legalmente el Alcalde, y en consecuencia, el instructor tan sólo eleva *propuestas*, pero por definición no decide.

Pero volviendo otra vez a la línea jurisprudencial dominante, se excluyen del concepto de *resolución*, y por tanto son atípicos, cuantos actos administrativos no tengan carácter decisorio, como por ejemplo, los actos de trámite, informes, consultas, circulares, dictámenes, etc. Exclusión ésta que sintoniza perfectamente con la noción de bien jurídico propugnada por la doctrina mayoritaria, que se conecta con los artículos 9.3.º, 103 y 106 de la Constitución, en la idea de servicio público ejercido con objetividad y dentro de la legalidad vigente. Pero también casa con la necesidad de delimitar el ilícito administrativo. Así, al Derecho penal sólo le interesa garantizar la función pública en cuanto trascienda a los ciudadanos. Y obviamente no trascienden los actos no resolutivos (GONZÁLEZ CUSSAC).

En este concepto de *resolución*, se incluyen tanto los actos constitutivos donde se crea derecho en situaciones no contempladas expresamente en la ley (v. gr., subvenciones, fomento, etc.), y también los llamados actos declarativos, aquéllos donde se expresa lo que se ajusta a la ley. En cualquier caso, no podremos hablar de *resolución* más que en aquellos supuestos donde se decida acerca de un conflicto según las reglas prescritas en el ordenamiento jurídico. De modo que no todo ejercicio de una potestad primaria es una *resolución*; se requiere decidir conforme a Derecho en un conflicto. Así, por ejemplo, la detención ilegal practicada por un agente de la autoridad nunca podrá constituir delito de prevaricación, aunque sí naturalmente de detención ilegal. En cambio, sí integrará la figura de prevaricación judicial, entre otras, la ordenada injustamente por un juez, ya que éste sí está resolviendo un conflicto.

Por último, dos apuntes sobre la tipicidad de los «mandamientos u órdenes de pago» y sobre *los informes vinculantes*. Respecto a los primeros, una constante jurisprudencia los excluye categóricamente del concepto de *resolución* (STS 28-12-95). Respecto a los segundos, la cuestión es más discutida (ver la STS 24-6-94). Pero a mi juicio, un informe vinculante, como su propia naturaleza muestra, siempre es un informe, y en consecuencia no puede integrarse en el concepto de *resolu-*

ción. Por tanto, todo lo más podrá ser calificado como un acto de participación en el hecho principal, esto es, en la resolución dictada por el órgano competente. Incluso podría verse, en ciertos supuestos, una tentativa de prevaricación, y aún ello resultaría discutible.

Antes de cerrar este primer apartado, resulta inevitable abordar el problema de la validez de las órdenes orales, esto es, si puede considerarse actos resolutive. A mi parecer, siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina administrativa, sí son aceptables bajo ciertos requisitos, según se desprende del artículo 55,1.º de la Ley de Procedimiento Común de 1992. En este sentido ha de recordarse su eficacia en el marco de las relaciones jerárquicas o en las impartidas por los agentes de la autoridad, o por esta última (así, GARRIDO FALLA).

En definitiva, se entenderá por *resolución*, ya adopte forma escrita u oral, toda manifestación de la voluntad de la Administración, que declare lo que es derecho. Es decir, que exprese lo que es o no es conforme al Ordenamiento jurídico. En todo caso, la declaración deberá ser eficaz y proceder de un órgano relativamente competente.

Como se habrá advertido, nos sumamos a un concepto amplio de *resolución*, entendiendo por tal todo acto administrativo eficaz, con independencia de que ponga o no fin a la vía administrativa. En este contexto, algunos informes sí pueden resultar penalmente relevantes en la medida que representen actos de participación, tanto a título de inducción, como cooperación, como de simple complicidad. Pero obsérvese que para ello será necesario que exista una conducta principal, esto es, una auténtica *resolución*. Especialmente importantes pueden resultar en este ámbito los informes vinculantes.

Ahora bien, como ya hemos indicado, para que exista una resolución no es imprescindible que ésta ponga fin a la vía administrativa, ni tampoco que suponga la finalización de un procedimiento administrativo determinado. Basta con que despliegue una cierta eficacia frente a terceros. De ahí, que en muchas ocasiones resulta confuso hablar de «propuestas», pues bajo ese mismo nombre se esconden actos que sí son verdaderas resoluciones, y actos que no poseen ningún contenido decisorio. Veamos dos casos. El primero es el ya aludido y contemplado en la STS 28-12-95, donde un Ayuntamiento *propone* al Ministro el nombramiento de la Secretaria del mismo, que éste únicamente ha de publicar, salvo que decida ejercer su control específico de legalidad. Pero evidentemente, la propuesta del Pleno del Ayuntamiento tiene efectos decisorios y de hecho puede ser directamente impugnada por los interesados. En todos estos casos, el órgano superior competente se limita a ejercer un control de legalidad y a formalizar la decisión del órgano o persona administrativa inferior.

Completamente distinto es el supuesto también ya citado, recogido en la STS 29-10-94, donde el enjuiciado no posee técnicamente ninguna potestad decisoria sino únicamente tramita un procedimiento sancionador y eleva propuestas al órgano unipersonal en exclusiva competente, pues sólo en él recaen las facultades disciplinarias. Así, sus propuestas de sanciones cautelares o definitivas no deciden por sí mismas nada, ni tampoco poseen eficacia alguna hasta que son asumidas por el Alcalde en forma de resoluciones. Por tanto, todo lo más, podrían constituir actos de participación, pero nunca actos de autoría.

Desde este entendimiento del término típico «resolución», también se hace difícil calificar de tentativa la mera emisión de informes, pues ésta requiere siempre el elemento subjetivo de tener voluntad de realizar el hecho, y el hecho de prevaricación sólo lo pueden realizar quienes tienen la cualidad de autores. Y sólo tienen esta cualidad los que poseen capacidad de dictar una resolución. Capacidad que desde luego no detentan los que simplemente emiten informes. Cuestión distinta es que el hecho principal quede en grado de tentativa, y respecto al mismo se hayan emitido ya informes injustos. No obstante, ha de advertirse que la jurisprudencia no ha utilizado este camino, y la doctrina reconoce muy vagamente la posibilidad teórica de la tentativa, pero reconoce su escasa, por no decir nula operatividad práctica.

2.- El término «asunto administrativo»

La resolución arbitraria ha de recaer en asunto administrativo. Por tal entiende la jurisprudencia todo aquel que objetiva y subjetivamente tenga carácter administrativo. Así, la STS de 10-11-89 especifica la necesidad de que se trate de órganos decisorios de la Administración Pública (requisito objetivo) que actúen con sujeción al Derecho administrativo (requisito subjetivo).

También se ha matizado que «los actos y contratos del Estado son lo que son en función de su naturaleza y no lo que sea consecuencia de la denominación que reciban» (STS 17-9-90). Se acude por consiguiente a una definición material, esto es, en atención a su contenido y no a la forma que en concreto adopten (ver STS 14-7-95). Tal afirmación cobra un especial relieve si se pone en relación con el concepto mantenido para el término resolución. Pues sea cual fuere la noción de «asunto administrativo», se atenderá primordialmente a su carácter decisorio o portador de una declaración de lo que es derecho. Y ello independientemente de la forma adoptada.

2.1.— Requisito subjetivo

Para la doctrina mayoritaria española la delimitación de «asunto administrativo» debe hacerse desde la exigencia de un requisito subjetivo: toda resolución emanada de una autoridad o funcionariado público en el ejercicio de su cargo. Pero también desde la exigencia de otro requisito objetivo: que revista condición administrativa (OCTAVIO DE TOLEDO).

No obstante esta aparente coincidencia entre jurisprudencia y doctrina, las dudas y matizaciones surgen desde el preciso instante en que se profundiza tanto la delimitación genérica del requisito subjetivo, como del elemento objetivo. La aparente coincidencia, como veremos a continuación, se desvanecerá entonces completamente.

Desde una perspectiva subjetiva, asunto administrativo será todo aquel dictado por un funcionario dentro del ejercicio de su cargo. Hasta aquí no existe problema alguno. Pero como pone de manifiesto ORTS BERENGUER, algunas resoluciones judiciales incluyen en este apartado aquellos casos donde el funcionario, fuera de sus atribuciones, e invadiendo competencias ajenas, dicta una resolución arbitraria.

Así, con diáfana claridad, varias sentencias castigan por prevaricación los casos de *falta absoluta de competencia jurídico-decisoria del inculpado* (SSTS 25-4-88 y 17-4-90, entre otras muchas). Pero el citado autor no parece mostrarse muy conforme con semejante estiramiento del requisito subjetivo. Cuanto menos exige que la resolución provenga de un ente público a cuyo servicio se halle el funcionario interviniente.

Esta interpretación más restrictiva, resulta a mi juicio más satisfactoria, porque fuera de los casos penados en los artículos 506 y siguientes (usurpación de atribuciones) y de los artículos 405 y 406 (nombramientos ilegales), la invasión de competencias estrictamente administrativas en forma de resoluciones arbitrarias, no pueden quedar impunes, pues conllevan idéntica lesión del bien jurídico protegido. Pero también desde otros puntos de vista se llega a idénticas conclusiones. Así, el tipo no exige ni explícita ni implícitamente que el sujeto actúe dentro de sus competencias. De otra parte, según la tradicional delimitación efectuada por GROIZARD y posteriormente por RODRÍGUEZ MOURULLO entre los delitos de los funcionarios y la agravante genérica de prevalimiento del cargo, lo que caracteriza a los primeros es el abuso en el ejercicio de la función. Y un funcionario que fuera de sus competencias dicta una resolución arbitraria, lo hace abusando de su cargo, esto es el marco del ejercicio de sus funciones. Recuérdese que la noción de competencia no se equipara a la de función: se puede actuar dentro de la función pública pero invadiendo competencias ajenas.

Obviamente la resolución deberá gozar de unos mínimos de autenticidad, en el sentido de poseer capacidad jurídica para simular la legitimidad de su decisión.

En conclusión, bastará que el hecho esté dentro de la función pública bajo la estructura de un ente administrativo. En este contexto cobra plena vigencia la distinción efectuada por VIVES ANTÓN, entre una falta de competencia absoluta de una falta relativa de competencia. En el primer caso, el funcionario, al carecer de potestad para realizar actos del género concretamente enjuiciado, actuará como usurpador, pero nunca como prevaricador, pues nunca podría dictar una resolución mínimamente eficaz. Sólo en la segunda hipótesis, si el funcionario está capacitado para dictar actos de la misma o similar naturaleza, permanecería su condición, así como la de su acción como ejercicio de la función pública.

2.2.— Requisito objetivo

En relación al elemento objetivo, se ha dicho que ha de revestir condición administrativa. Pero esta expresión se ha entendido de manera distinta en la doctrina. Así, para FERRER SAMA, «asunto administrativo» ha de interpretarse como equivalente a acto administrativo en sentido estricto. Por el contrario, OCTAVIO DE TOLEDO le otorga un significado más amplio, pues con él se trata de «indicar el carácter administrativo, no judicial, de la cuestión sobre la que el funcionario público dicta la resolución injusta». A esta conclusión llega desde una interpretación histórica del precepto, ya que antes se utilizaba el término «negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo», con la intención evidente de distinguirlo de los asuntos jurisdiccionales. También una interpretación sistemática y teleológica conducen al mismo resultado; pues en los artículos 446 y siguientes se castiga la prevaricación de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional y en los artículos 465 y siguientes se castiga a abogados y procuradores. Ello a su vez demuestra que cuando los jueces no ejercen la función jurisdiccional, sino que actúan como simples funcionarios dictando resoluciones no judiciales (por ejemplo subastas, nombramientos, etc.), también pueden cometer el delito de prevaricación del art. 404. Esta posibilidad también alcanza a otros funcionarios judiciales no jueces, y a los miembros de la carrera fiscal. Debe recordarse la no inclusión de estos grupos de funcionarios en el delito de prevaricación judicial, así como su indiscutida pertenencia a los posibles sujetos activos del artículo 408 del Código Penal. En definitiva, «asunto administrativo» viene a referirse a un ámbito o territorio en donde ha de dictarse la resolución injusta, delimitándolo como lo no judicial. Igualmente con OCTAVIO DE TOLEDO, han

de excluirse de este término los actos políticos o de gobierno, en sentido estricto, pues no pertenecen a la esfera del Derecho Administrativo.

2.3.— Actos de trámite y reglamentos

Para finalizar deben abordarse dos cuestiones sumamente complejas. La primera de ellas hace referencia a los actos de trámite. Con la doctrina mayoritaria entendemos que, si éstos tienen contenido decisorio, están dictados por un funcionario en el ejercicio de su cargo y dentro del ámbito administrativo, han de considerarse típicas. Como ya dijimos es completamente irrelevante el hecho de que pongan o no fin a la vía administrativa o que hayan sido o no confirmadas por el superior jerárquico. El segundo punto a debatir se centra en si las disposiciones generales con rango inferior a la ley tienen cabida en este delito a través de los términos «resolución injusta dictada en asunto administrativo». Para OCTAVIO DE TOLEDO la respuesta ha de ser afirmativa en algunos supuestos, así, reglamentos autónomos y reglamentos independientes. Para ORTOS BERENGUER, en cambio, tan sólo cabría, en todo caso, admitir su inclusión en los reglamentos independientes. A mi entender, han de rechazarse en ambos supuestos. Una razón justificadora de tal postura se halla en un entendimiento global de «resolución injusta dictada en asunto administrativo», según la cual, abarcaría sólo las resoluciones en sentido estricto, esto es, las particulares. Esta idea vendría avalada por la propia evolución histórica de los reglamentos, así como la existencia del artículo 506 del Código Penal en el que claramente se contienen tales conductas. Los intentos de OCTAVIO DE TOLEDO por incluir en este precepto únicamente a los reglamentos ejecutivos choca con la realidad actual, donde parece poco razonable distinguir entre unos y otros a estos efectos. Pero además, aceptar la existencia de reglamentos independientes de la ley resulta insostenible por su propio concepto. Cuestión distinta es el grado de fijación del reglamento respecto de la ley que lo crea y a la que desarrolla. Por eso mismo, si el funcionario se excede en sus atribuciones incurrirá siempre en el delito tipificado en el artículo 506, y nunca en el artículo 404 del Código Penal. Por otra parte, los reglamentos, como normas generales no resuelven, sino que regulan, y su injusticia ha de medirse con parámetros no exactamente coincidentes con la injusticia de una resolución concreta. Por ejemplo, ¿cómo podría decirse de un reglamento que es injusto porque no ha sido dictado conforme a procedimientos científicos? La injusticia de éstos ha de ponderarse básicamente en relación a sus ataques a la división de poderes, o sea, a la invasión del funcionario de funciones legislativas. Y estos ataques a la división de poderes se encuentran regulados en el artículo 506 del Código Penal. Además, los reglamentos

independientes y autónomos sólo son admisibles en el marco de la autonomía de la Administración, esto es, en relación a su capacidad autoorganizativa. En este ámbito la Administración actúa como un mero empresario con ciertas facultades sobre sus empleados, como traslados, cambios de horarios, despidos, etc. Pero nunca puede hacer uso de su potestad sancionadora, pues ésta siempre se encuentra anclada en el territorio de su actuación «heterónoma» por imperativo expreso del art. 25.1 de la Constitución: toda sanción requiere una ley previa de cobertura. Pero es más, esta cuestión no se resuelve apelando a consideraciones materiales, sino a criterios exclusivamente procedimentales, de garantía individual y de separación estricta de poderes. De suerte que sería absurdo pensar en la recepción por un funcionario de una orden de su superior (relación jerárquica) de declararse culpable de una infracción y que en caso de desobedecerle lo castigaría. Nos hallamos en el terreno de las garantías procedimentales y en consecuencia no cabe admitir la existencia de reglamentos independientes o autónomos en el ámbito sancionador. En cualquier caso, no existe en nuestra Constitución una reserva reglamentaria, con lo que no pueden tener cabida nunca los reglamentos autónomos. Y los independientes sólo mientras permanezcan sometidos a la Ley.

Resumiendo, por «asunto administrativo» ha de entenderse toda resolución no judicial dictada por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, que está sujeta al Derecho administrativo.

3.— La modalidad omisiva

Nuevamente debemos plantearnos si el delito de prevaricación contenido en el art. 404 puede realizarse omisivamente. Tradicionalmente, y aún hoy en día de forma mayoritaria, la Jurisprudencia rechaza esta hipótesis (entre muchas ver SSTs de 14-VII-95 y 15-X-94), si bien ya ha aparecido recientemente alguna resolución que sí la admite (así STS de 29-X-94). De igual forma, también la doctrina se halla dividida (a favor OCTAVIO DE TOLEDO; en contra de admitirla GONZÁLEZ CUSSAC).

Pero en realidad, discutir si se admite o no la omisión en esta figura delictiva requiere distinguir dos grupos de supuestos. En primer lugar debemos interrogarnos acerca de si pueden castigarse sin más, comportamientos puramente omisivos, esto es, conductas meramente inactivas, como por ejemplo no dictar una resolución debida, o no anular una situación injusta. La segunda cuestión, distinta a la anterior, es si tiene o no cabida la omisión a través del silencio administrativo positivo.

A continuación me voy a limitar a exponer los argumentos que considero más relevantes para rechazar ambas hipótesis, negando por consiguiente la tipicidad de las omisiones a efectos del art. 404.

A) Respecto a las conductas estrictamente omisivas, es decir, de inactividad no puede admitirse su tipicidad por las siguientes razones:

a) Cuando el Legislador quiere castigar las conductas omisivas de los funcionarios públicos lo hace expresamente (v. gr. la prevaricación judicial) y evidentemente en la prevaricación de funcionariado no lo ha hecho así. De modo que puede mantenerse su exclusión acudiendo a esta interpretación sistemática (a favor de esta tesis también ORTS BELENGUER; MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTA; en contra OCTAVIO DE TOLEDO).

b) En segundo lugar, para admitir el castigo por la vía de la comisión por omisión (omisión impropia), deberían reunirse todos los requisitos ahora exigidos en el nuevo art. 11 del nuevo CP. Y en este caso no se da ninguno de ellos. Primero, porque no es un delito de resultado (extensamente GONZÁLEZ CUSSAC). Segundo, porque el funcionario no infringe ningún deber jurídico cuando no dicta una resolución que remedie una situación injusta, ya que su estatuto jurídico no le obliga a ello. De modo que una interpretación unitaria con el Derecho Administrativo nos impide exigirle en el ámbito penal, lo que no se le exige en aquel otro (un desarrollo de este argumento puede verse en MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTA). Tercero, porque tampoco existe equivalencia entre dictar una resolución y no dictar una resolución. De ahí que la Jurisprudencia venga exigiendo una acción positiva (SSTS 14-VII-95; 26-IV-94 y 25-V-92). Es decir, se reafirma el carácter eminentemente activo del verbo dictar. Realmente, el respeto al tenor literal del tipo hace difícil sostener que dictar una resolución es lo mismo que no dictarla (ORTS BELENGUER).

Todas estas razones parecen desaconsejar, en aras de un cabal entendimiento del principio de legalidad, la admisión de la modalidad omisiva en el art. 404.

B) El segundo problema se contrae a dilucidar si tiene cabida la omisión por la vía del silencio administrativo positivo, recogido en el art. 42 de la Ley 30/92. Para la Jurisprudencia, cuando ocasionalmente así lo ha insinuado (STS 27-XII-95), y para un sector doctrinal (OCTAVIO DE TOLEDO) se trataría de un supuesto de omisión, pues al no dictar una resolución, la Ley en ciertos supuestos le concede efectos jurídicos. Para otros, en cambio, no se trata estrictamente de un supuesto de omisión, sino de acción positiva, puesto que la Ley, transcurrido un cierto plazo, las entiende como si efectivamente hubiesen sido dictadas y les otorga plena eficacia (MORALES PRATS-RODRÍGUEZ PUERTA).

Pero a mi juicio, y por las razones que sucintamente enumero a continuación tampoco se puede aceptar, que el silencio administrativo positivo integre el tipo de prevaricación, ni como forma omisiva ni como forma activa.

a) Por definición los *actos presuntos* no son auténticos actos administrativos y por consiguiente, tampoco pueden ser resoluciones. Y justamente la institución del silencio administrativo positivo responde a la categoría de los actos presuntos, y en este sentido no son sino una ficción jurídica. Así, se presume que hay un acto, pero en realidad no lo hay. Y esta idea se reafirma desde el mismo instante en que la Ley 30/92 siempre y en todo caso obliga a la Administración a resolver expresamente, esto es, a dictar una resolución. Y esta obligación constata que el verdadero fundamento y función del silencio administrativo positivo no es otra que consagrar la seguridad jurídica e impedir, al mismo tiempo, la indefensión del administrado, abriéndole las puertas de la impugnación cuando la Administración permanece inactiva. Pero el silencio, y esto es lo fundamental, nunca suple al acto expreso o tácito.

Y precisamente esta obligación de resolver siempre expresamente acentúa la efímera eficacia del silencio, ya que nunca llega a suplir al acto administrativo. Esta situación nos aboca a problemas muy complejos en el ámbito penal. Por ejemplo, si la resolución expresa se dicta después de haberse apreciado delito por la vía del silencio, y aquella viene a revocar los efectos que había producido éste, debemos interrogarnos como puede entonces calificarse la conducta de arbitraria e injusta, si además y por añadidura, nunca ha existido. Por otra parte parece muy complejo poder afirmar la arbitrariedad de un acto presunto, de algo que nunca se ha dictado, de un mero silencio. Y repárese además que uno de los parámetros fundamentales para medir la arbitrariedad es la ausencia de motivación, o la competencia del órgano que debería haberlo dictado, la autoría y participación, el error, etc.

Por último, repárese que, aunque el silencio positivo posea cierta eficacia temporal y provisional, ello no resulta suficiente para afirmar su naturaleza de resolución. Porque también y por citar sólo un ejemplo, las vías de hecho poseen ciertos efectos, y no por ello decimos que son o declaran lo que es Derecho. Un acto presunto no parece ser en ningún caso la expresión de la voluntad de la Administración.

En definitiva, tampoco parece conveniente estirar tanto la tipicidad de este delito, ni tampoco resulta necesario, pues existen otras vías para corregir los posibles abusos cometidos en el ámbito del silencio administrativo. Algunos de ellos pueden tener hoy perfecta cabida en los diferentes apartados del nuevo art. 413. En él es donde se castigan los

comportamientos omisivos que pueden considerarse más graves e intolerables y por tanto merecen y necesitan la intervención punitiva.

III.- LAS PREVARICACIONES ESPECÍFICAS

En cierta forma también poseen una naturaleza de cuasi-prevaricación los nombramientos ilegales del artículo 405. Sin embargo, en los mismos la conducta típica requiere únicamente que sean «ilegales», no siendo necesario que además sean arbitrarios. Y ello porque la lesión se produce por la mera inobservancia de los requisitos exigidos para acceder a determinados cargos públicos. Por tanto, basta para su relevancia penal con la simple contrariedad o elusión de las normas reguladoras de los nombramientos públicos.

A destacar dentro de las novedades del Código Penal de 1995, la creación del artículo 406, que castiga con la misma pena de multa a la persona —particular o funcionario—, que acepta ser propuesto, nombrado o toma posesión de un cargo para el que no reunía los requisitos legalmente establecidos.

Pero, sin duda, las que con toda propiedad podrían denominarse prevaricaciones específicas son las conductas contenidas en los artículos 320, 322 y 329. En ellos se castiga a la autoridad o funcionario que «a sabiendas de su injusticia» haya «informado favorablemente» en relación al «delito urbanístico» (art. 319), al delito contra el patrimonio histórico (art. 321) o al delito ecológico (arts. 325 a 328).

Pues bien, estos tres preceptos presentan en común con la figura de prevaricación básica del artículo 404, los siguientes extremos: sujeto activo (autoridad o funcionario); la exigencia de «injusticia» (contrariedad al Derecho) y la limitación al castigo de la modalidad dolosa («a sabiendas»).

Por el contrario, su especificidad radica fundamentalmente en tres cuestiones: a) no se precisa que exista una resolución, bastando la emisión de un informe favorable para que se resuelva injustamente; b) tampoco se requiere que sea arbitraria, ni la resolución a la que daría lugar el informe, ni tampoco el mismo informe en sí; c) por último, destaca su carácter plurisfensivo, pues a en atención a la gravedad de las penas, parece que además de la lesión o peligro al correcto ejercicio de la función pública, se añade el daño a los respectivos bienes colectivos allí tutelados (urbanismo, patrimonio y medio ambiente).

Sin embargo, son muchas las dificultades que surgen a la hora de interpretar estas nuevas figuras delictivas. Detengámonos en algunas de ellas.

La primera concierne a la expresión «haya informado». Se requiere la existencia de un informe. De modo que frente a la resolución exigida en el artículo 404, aquí basta la presencia de un informe. Y aquí precisamente surgen las dudas, pues cabe preguntarse si basta con emitir cualquier clase de informe en un «asunto» administrativo, o si por el contrario se precisa que el informe posea una naturaleza determinada. Así, por explicitar algunos ejemplos, debemos interrogarnos si cualquier informe resulta ya típico, o si es imprescindible que sea un informe preceptivo dentro de un concreto procedimiento administrativo. Es decir, si cualquier informe emitido por un técnico de la Administración resulta ya típico, con independencia de su necesidad procedimental (v. gr. consultas, dictámenes, etc.), o quizás, más bien, se debería exigir que se trate de informes preceptivos, aunque naturalmente no vinculantes.

Otra cuestión problemática aparece en el ámbito de la autoría y participación. Pensemos en un funcionario que emite un informe favorable para edificar en suelo no urbanizable (art. 319,2.ª). Y a continuación, el funcionario competente dicta resolución arbitraria siguiendo aquel informe. En principio, el primer funcionario respondería por el artículo 320, mientras que el segundo lo haría por el artículo 404. La diferencia de penalidad no resulta muy satisfactoria, desde el instante que el sujeto que informa será más gravemente castigado que el funcionario que resuelve la cuestión.

Obviamente existen otras soluciones alternativas, aunque todas ellas menos atingentes al tenor literal de las nuevas prevaricaciones específicas, y desde luego, menos apegadas a la «ratio legis» y a la voluntad del legislador. Así, podría defenderse que el funcionario que emite el informe favorable es un inductor o un cooperador, necesario o no, en la prevaricación del artículo 404. Pero esta solución también choca con las reglas de resolución del concurso de normas contenidas en el artículo 8 del Código Penal (ver BOIX REIG).

Pues bien, esta sorprendente situación penológica sólo puede explicarse desde el loable, pero equivocado, deseo del legislador de corregir una errática jurisprudencia, que se mostraba reacia a castigar como partícipe en una prevaricación a los funcionarios que emitían informes favorables a tomar una resolución injusta. De suerte que para modificar este régimen de impunidad, atajó por el camino más corto, creando estas nuevas figuras delictivas. Y las creó precisamente en los ámbitos más sensibles y también donde resultaban más comunes.

Pero en realidad el legislador ha creado unas nuevas figuras delictivas, practicando un muy discutible adelantamiento de la línea de intervención, al construir unos tipos donde se castigan auténticas conductas

de partícipe, esto es, de contribución a un hecho ajeno como es el caso del funcionario que informa (coopera o induce) dando lugar o colaborando en la resolución arbitraria que dicta otro funcionario. Simplemente, pues, se trataba de aplicar las reglas generales de autoría y participación. Así de sencillo.

Sin embargo, la solución a este aparente despropósito legislativo viene dada en los respectivos apartados segundos de los citados artículos 320, 322 y 329. En los mismos se castiga con las mismas penas a la autoridad o funcionario que *por sí mismo* o como miembro de un organismo colegiado *haya resuelto* o votado a favor de su concesión. Se contiene aquí la incriminación de la autoría y de la coautoría. De modo que las prevaricaciones que afecten a estas materias, son reguladas ahora en tipos especiales respecto a la prevaricación genérica del artículo 404. Así, el desfase penológico se corrige sustancialmente, aunque no totalmente. Y ello porque se castigan con las mismas penas a los partícipes (320, 2.ª; 322, 2.ª y 329, 2.ª). Aunque eso sí, no se produce la inversión punitiva a la que antes me refería, pues al introducirse los respectivos apartados segundos en estas figuras, se impide que los verdaderos autores de prevaricación, esto es, los que dictan la resolución injusta y arbitraria—, resultasen menos castigados.

En resumen, y para finalizar, las nuevas figuras de prevaricación específica han de leerse desde dos perspectivas complementarias. La primera descansa en el deseo explícito del legislador de incriminar expresamente a determinados partícipes (los que hayan informado favorablemente a sabiendas de su injusticia) de prevaricación, elevando sus conductas de inducción o cooperación a la categoría de autores. Pero ello lo hace en ciertos casos (arts. 320, 322 y 329), pero no en la prevaricación básica (art. 404). Ello permite a su vez dos lecturas. La primera claramente rechazable, consistente en entender que cuando no los castiga expresamente, tales conductas son impunes. Y la segunda, mejor acomodada a las reglas generales de la autoría y de la participación, que permite su incriminación como tales según lo dispuesto en los artículos 28 ó 29 en relación al artículo 404. De acuerdo con esta tesis, la razón por la que expresamente se la menciona en los artículos 320, 322 y 329, estribaría en que en ciertos ámbitos delictivos (urbanismo, patrimonio y medio ambiente), el legislador ha querido castigarlos con mayor dureza, y de ahí que sus contribuciones al hecho de otros haya sido elevada al grado de autor.

Y precisamente esta línea de entendimiento, casa perfectamente con la otra perspectiva a considerar. Así, también en estos mismos ámbitos delictivos, el legislador ha querido reprimir más a los autores de una prevaricación administrativa. Tal vez porque considere más sensibles,

dignos y necesitados de protección los bienes jurídicos hipotéticamente lesionados a través de resoluciones injustas; o bien porque haya estimado que en estas materias existe un elevado número de conductas delictivas. Y todo ello puede explicar las penas más elevadas que conlleva. Pero también puede explicarse porque, abandonando la estructura típica tradicional de la prevaricación como delito de lesión y mera actividad, que no recogía los posibles resultados que ocasionaba; en estos casos ya los contempla.

Discutible podrá resultar una u otra explicación de las nuevas figuras, pero de lo que no cabe duda es del deseo del legislador de crear prevaricaciones que castigan con mayor fuerza a autores y partícipes, en ciertos ámbitos de la vida social.

Desde luego, entre las llamadas prevaricaciones específicas y la figura de prevaricación contenida en el art. 404, existe un concurso de normas a resolver a favor de las primeras.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

- AGULLÓ AGÜERO, A.: «Non bis in idem, contrabando y tráfico de drogas» (en «Problemática jurídica y psicosocial de las drogas»). Generalitat Valenciana. Valencia 1987.
- BOIX REIG, J. (con VIVES-ORTS-CARBONELL-G. CUSSAC): «Derecho Penal. Parte Especial». 2.ª edición. Valencia 1996. En el mismo sentido en «Comentarios al Código Penal de 1995» (Coord. T. S. VIVES). Valencia 1996.
- CÓRDOBA RODA, J.: «El cohecho de funcionarios públicos». (*Estudios jurídicos en honor al profesor D. Pérez Vitoria*), Barcelona 1983.
- DE LA MATA, N. J. y ETXEBARRÍA, X.: «Malversación y lesión del patrimonio público». Barcelona 1995.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: «De la arbitrariedad de la Administración». Madrid 1994.
- GARCÍA ALBERO, R.: «Non bis in idem material y concurso de leyes». Barcelona 1995.
- GARCÍA ARÁN, M.: «La prevaricación judicial». Madrid 1990.
- GARCÍA MACHOR, R.: «Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española». Madrid 1992.
- GARCÍA PLANAS, G.: «El nuevo delito de tráfico de influencias». (Poder Judicial 1993).
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «El delito de prevaricación de funcionario público». Valencia 1994.

- 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