



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: PREVARICACION.

Alumno: Sánchez Blanca Juan Manuel

Octubre 2015

RESUMEN.

El presente trabajo tiene por objeto de estudio analizar, interpretar e ilustrar el delito de prevaricación administrativa y judicial. En primer lugar encaminamos al lector en una secuencia lógica donde primero entenderá que se entiende por funcionario público desde el punto de vista penal, haciendo una breve introducción de los distintos delitos que nuestro código penal establece para las autoridades y funcionarios públicos. Finalmente analizaremos en profundidad el delito de prevaricación, recogido en los artículos 404 a 406 y 446 a 449 respectivamente, del Código Penal español, con el examen de cada uno de estos tipos delictivos.

Palabras clave: prevaricación, delitos cometidos por funcionario públicos, prevaricación judicial y administrativa.

ABSTRAC.

The present work has for object of study analyse, interpret and illustrate the crime administrative and judicial prevarication. we show to the reader a logical sequence first where he will understand that It mean servant public, from the penal point of view, doing a brief introduction of the different crimes that our penal code establishes for the authorities and government employees. Finally we will analyze in depth the crime of prevarication, in the articles 404 to 406 and 446 to 449 respectively, of the Penal Spanish Code, with the examination of each one of these criminal types.

Key words: prevarication, crimes committed for civil servant public, judicial and administrative prevarication.

ÍNDICE.

1. INTRODUCCION.....	6
2. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO	8
2.1Historia legislativa española.	8
2.2 Definición de funcionario público por el actual código penal de 1995.....	9
3. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS	10
4. CONDUCTAS ESPECÍFICAS VINCULADAS A LA CORRUPCION	11
5. PREVARICACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS	12
5.1. Consideraciones generales. Bien jurídico protegido.	12
5.2. Prevaricación Administrativa definición y análisis.....	14
5.2.1. Resolución.	14
5.2.2. Dictar	15
5.2.3. Arbitrariedad e injusticia.....	15
5.2.4. Diferencia entre “ilegalidad” y “arbitrariedad”.....	17
5.2.5. Acto administrativo.	18
5.3. Consumación.....	18
5.3.1. ¿Se puede cometer el delito de prevaricación por omisión?.....	19
5.4. Consecuencia jurídica.	20
5.7. El Delito de nombramiento ilegal.	21
5.7.1. Base normativa.	21
5.7.2. El Bien jurídico tutelado.	22
5.7.3. Análisis de los elementos objetivos y subjetivos del tipo punible.	22
5.7.4. Consecuencias jurídicas.	24
6. PREVARICACION JUDICIAL	25
6.1. Introducción.....	25
6.2. Conducta típica y sujeto activo.....	25
6.3. Aspecto subjetivo.	27
6.4. Responsabilidad de la Administración de Justicia.	29
6.5. Consecuencias jurídicas.	30
6.5.1. Prevaricación judicial en causa criminal.....	30
6.5.2. Prevaricación judicial en proceso por faltas.....	31
6.5.3. Prevaricación en sentencias no penales u otras resoluciones injustas.	31
6.5.4. Modificación del Código Penal de 1995.	32
6.6. Prevaricación imprudente.....	32
6.6.1. Consideraciones generales.....	32
6.6.2. Tipo Imprudente.	32
6.7. Negativa a juzgar.....	33
6.7.1 Antecedentes	33
6.7.2. Conducta típica y Bien jurídico protegido.	34
6.8. Retardo malicioso en la Administración de justicia.	34
7. CONCLUSIONES.	36

8. BIBLIOGRAFIA	40
9. JURISPRUDENCIA	43
Tribunal Constitucional.	43
Tribunal Supremo.	43
Tribunal Superior de Justicia.....	43
Audiencia Provincial.....	43

1. INTRODUCCION.

En la coyuntura económica actual donde el gasto público está restringido junto al esfuerzo fiscal el cual nos pide el gobierno además de otros problemas sociales que afecta a nuestro entorno más directo , se crea un caldo de cultivo en el cual la corrupción con un 50.8¹ % es la segunda preocupación de los españoles .

En una sociedad donde un cuarto de la población se encuentra en desempleo donde derechos sociales que se creían adquiridos son revocados por el endeudamiento del estado, se le añade la salida a la luz de los casos de corrupción más graves de la historia de la democracia en plena crisis económica. Podemos ver lógico que una de cada dos personas piense que el principal problema que existe en nuestra sociedad es la corrupción.

Cuando ocurren los problemas a los que anteriormente hemos hecho referencia el ciudadano deja de estar en un segundo plano y pasa a pedir explicaciones y a reivindicar un correcto funcionamiento de la administración pública y a sus dirigentes políticos.

Para garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Publica y castigar a todos aquellos que intenten aprovecharse de su función pública prevaleciéndose de las ventajas que pueda proporcionarle un cargo público para ello , el código penal de 1995 tipifica una serie de conductas inapropiadas para todo aquel servidor público.

El grado en Gestión y Administración Publica proporciona la formación necesaria para desarrollar una actividad laboral en cualquier organismo público. Uno de los objetivos primordiales de la Administración Publica es su sometimiento a las leyes y al Derecho tal y como se establece en el artículo 103.1 de la Constitución española (en adelante C.E). Por lo tanto veo necesario enfocar este trabajo al análisis y estudio de la conducta delictiva de la prevaricación ya que como veremos a lo largo del presente trabajo supone un quebrantamiento de dicho principio constitucional.

Se procederá en un primer lugar a la definición de funcionario público, posteriormente haré una breve referencia a las conductas delictivas que tipifica el Código Penal español en el

¹ Datos obtenidos del CIS referente al mes de marzo de 2015
http://www.cis.es/opencms/Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html

cual el funcionario público es el sujeto activo , posteriormente se procederá a elaborar un análisis jurídico-penal, examinando el bien jurídico protegido, las formas imprudentes así como el análisis de las demás formas de prevaricación terminando con unas conclusiones finales extraídas de la presente investigación.

En cuanto a la metodología utilizada del presente TFG, expongo lo siguiente:

- He realizado una exploración teórica sobre los delitos cometidos por los funcionarios públicos y más concretamente del delito de prevaricación, para ello me he servido de manuales, doctrina , jurisprudencia, revistas electrónicas, bases de datos electrónicas de la Universidad de Jaén, y algunos apuntes de derecho penal de los que disponía.
- He llevado a cabo un análisis descriptivo del tema, comenzando a dar un marco conceptual y un guion histórico sobre los delitos de los funcionarios públicos para después centrarme en el delito de prevaricación en sus distintas modalidades y tipos.

2. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

En primer lugar para hablar de los delitos cometidos por los funcionarios públicos veo necesario determinar el alcance del concepto funcionario público para el derecho penal haciendo una breve mención a la evolución del termino en la historia legislativa del derecho penal español y así poder entender de mejor manera cuales serían los sujetos activos implicados en las conductas delictivas que va a ser objeto de este estudio.

2.1 Historia legislativa española.

La primera definición sobre funcionario público que se hizo en España remonta al código penal de 1848 en la disposición final del título VIII, “Delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos” concretamente en el artículo 322 cuya definición es la siguiente: *“todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de real nombramiento ni reciba sueldo del Estado”*

Tal definición de funcionario público es reiterada en el Código Penal de 1850 en su artículo 331.

Pacheco denuncia la amplitud del término ya que consideraba que podía aplicarse tanto a los empleados del orden judicial como a los demás tipos de empleados públicos.²

En el Código Penal de 1870 se define el concepto en el artículo 416 del siguiente modo: *“Para los efectos de este título y de los anteriores del presente libro se reputara funcionario público todo el que por disposición inmediata a la ley o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas”*

Como podemos apreciar existe una diferencia conceptual de la primera definición de los dos primeros códigos penales a la del Código Penal de 1870 en la cual la segunda definición contiene un planteamiento de la función pública mucho más amplia que la primera debido a que se sustituye la expresión “desempeño de cargo público” a “participe del ejercicio de la función pública”

²ALONSO, 2000, p. 31.

Los posteriores códigos penales de 1928 y 1932 mantiene posturas similares a la ya mencionadas.

El Código Penal de 1973 define el concepto de funcionario público en el artículo 119 el cual es el que se mantiene en el actual código penal de 1995.

2.2 Definición de funcionario público por el actual código penal de 1995.

Actualmente existen dos conceptos de funcionario público. Uno se da desde la perspectiva del Derecho Administrativo y la otra sobre la perspectiva del Derecho Penal la cual esta última es más amplia que la definición del derecho administrativo.

Es importante definir correctamente el alcance de estos sujetos ya que estamos ante unos delitos especiales los cuales solo pueden ser cometidos por unos sujetos concretos que tenga encomendadas unas funciones determinadas. Javato Martin ha explicado la diferencia entre ambos conceptos: *“La nota esencial que caracteriza al funcionario administrativo es su incorporación a la Administración en régimen de Derecho Público y de manera permanente, voluntaria y profesional. Por contra, la noción penal se construye principalmente sobre el dato de la efectiva participación del ejercicio de las funciones públicas, sin que se precise la incorporación del sujeto a la organización administrativa, ni una vinculación de carácter permanente y profesional”*³. Además defiende y justifica la necesidad y los fines de los dos conceptos para la cual según Javato Martin el primero regula el estatus funcional, los derechos y deberes mientras que el segundo protege el correcto funcionamiento de la función pública.

El concepto penal de funcionario público viene regulado en el artículo 24.2 integrado en el capítulo VI *“Disposiciones Generales”* del título primero denominado *“De la infracción penal”* cuya definición es la siguiente: *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”*.

³JAVATO, 2011, pp. 153-154.

Sin embargo podríamos hacernos la siguiente pregunta: ¿Se podría considerar funcionario público a efectos penales al personal laboral de la administración y al funcionariado interino? De la Mata Barranco, determina el alcance de este artículo el cual nos dice que a efectos penales no solo deben ser considerados aquellos que gocen de la condición de funcionario de carrera sino que también deben ser considerados todas aquellas personas que realicen actividades de carácter público a través de un contrato administrativo ya sean, funcionarios interinos o laborales al servicio de la Administración⁴.

3. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Una vez definido el concepto de funcionario público, hare una breve referencia a las conductas delictivas especiales cometidas por los funcionarios públicos. Los tipos delictivos que hago mención a continuación son conductas que solo pueden ser cometidas por un funcionario.⁵

- **Delitos contra la constitución.** Dentro del capítulo XXI del Código Penal podemos encontrar las siguientes modalidades delictivas cuyo sujeto activo es un funcionario: delitos contra las Instituciones del Estado y la División de poderes (arts. 499 a 502.2); Delitos relativos al ejercicio de los Derechos fundamentales y Libertades Públicas (arts. 511.3 y 521); Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (arts. 529 a 542).
- **Delitos contra la Administración de justicia.** El Título XX del CP hace referencia a los delitos contra la Administración de justicia. El bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la justicia la cual es fundamental en un Estado democrático de derecho. En este apartado se puede clasificar los delitos en el cual el funcionario es considerado sujeto activo de una conducta delictiva en las siguientes modalidades: Prevaricación judicial (artículo 446 a 449), Encubrimiento (artículo 451.3ª b), Presentación de testigos falsos, peritos o intérpretes mendaces o documentos falsos (artículo 461.3), Obstrucción a la justicia (artículo 463.2 y 3), Relevancia de

⁴ BARRANCO, 2010, p. 25.

⁵ Hay otras conductas que pueden ser cometidas por cualquier persona, sin embargo el código penal las agrava cuando son cometidas por funcionarios con el fin de no solo castigar la conducta sino que también la confianza pública que ha sido traicionada por parte del funcionario. Podemos encasillar en este apartado los siguientes delitos: Detenciones ilegales, Delitos contra la libertad sexual, etc.

actuaciones procesales secretas (artículo 466.2), Quebrantamiento de condena (artículo 471).

- **Torturas.** El código penal actual, tipifica el tipo especial de tortura, desde el artículo 174.2 al artículo 176. Nos encontramos ante un delito especial donde el sujeto activo solo puede ser autoridades y funcionarios públicos incluso dentro de estos, comúnmente serán Jueces o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁶. Sin embargo el sujeto pasivo puede ser cualquier persona que se encuentre detenida.

4. CONDUCTAS ESPECÍFICAS VINCULADAS A LA CORRUPCION

En la actualidad escuchamos constantemente el término “corrupción” sin embargo rara vez sabemos a qué delitos hace referencia dicho termino. En primer lugar veo necesario definir el concepto de corrupción para posteriormente hacer una breve referencia aquellos delitos los cuales, la doctrina y jurisprudencia han vinculado a dicho termino. Es importante aclarar que la definición de corrupción puede variar dependiendo la perspectiva desde donde lo enfoquemos, sin embargo en mi opinión la esencia es la misma.

Desde el punto de vista de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la corrupción, *“Incluye soborno, fraude, apropiación indebida u otras formas de desviación de recursos por un funcionario público, pero no es limitado a ello. La corrupción también puede ocurrir en los casos de nepotismo, extorsión, tráfico de influencias, uso indebido de información privilegiada para fines personales y la compra y venta de las decisiones judiciales, entre varias otras prácticas.”*⁷

El Código Penal de 1995, concreta en el título XIX del libro II, aquellos delitos que afectan al correcto funcionamiento de la Administración Publica, en la forma más grave, es decir en aquellos principios organizativos o de eficacia en su actuación. El artículo 103 de la Constitución Española establece la función de la Administración Publica, al señalar que *“la Administración pública actúa con objetividad a las leyes, los intereses generales y con*

⁶ ALONSO, 2000, p. 74.

⁷ Definición extraída de la web de la Oficina de Droga y Crimen de la ONU <http://www.unodc.org/lpo-brazil/es/corruptcao/index.html>

acuerdo a los principios de eficacia jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con pleno sometimiento a las ley y al derecho”.

El bien protegido en este título es el adecuado funcionamiento de la Administración Publica y para ello sanciona las conductas de funcionarios, autoridades o particulares que intenten viciar el cumplimiento de los objetivos y principios constitucionales por la que se debe regir la Administración. Tal y como señala García Valdés *“lo que caracteriza a estos delitos es, pues, la confianza traicionada en la correcta gestión de la cosa pública por parte de los encargados de servirla, la ausencia de integridad del autor que se debe presuponer siempre, por la propia índole del puesto, mando o cargo desempeñado.”*⁸

Los delitos especiales propios a los que hace referencia este título se puede clasificar brevemente en las siguientes modalidades delictivas:

- Abandono de destino y omisión del deber (artículo 407 a 409 y 410 a 412 respectivamente). Se castiga la dejación de funciones ya sean completas o imparciales, es decir el no cumplimiento del deber de funcionario.
- Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (art 413 a 418).
- Cohecho (artículo 419 a 427). El funcionario público o agente de la autoridad que se deja sobornar por un tercero para que actúe conforme a él.
- Trafico de influencias (artículo. 428 a 431).
- Malversación (artículo. 432 a 435). Utilización de caudales públicos para uso propio.
- Fraude y Exacciones ilegales (artículo 436 a 438).
- Prevaricación. (artículo 404 a 406).
- Prevaricación Judicial. (artículo 446 a 449). Regulado en el Título XX del libro II del Código Penal.

5. PREVARICACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

5.1. Consideraciones generales. Bien jurídico protegido.

La prevaricación es un delito común del ordenamiento jurídico penal en todos los países occidentales, su origen no es actual, sino que datan del siglo diecinueve. En la actualidad en nuestros países vecinos cuyo ordenamiento jurídico proviene del Derecho Romano, se habla de abuso de oficio como es el caso de Italia o de abuso de autoridad el caso

⁸ MENESTRO, 2011, pp. 621-622.

de Francia sin embargo el contenido de los tipos delictivos varía de un país a otro. La diferencia primordial de la tipificación del delito de prevaricación en los códigos penales europeos citados anteriormente es que la pena principal es privativa de libertad, lo cual revela la importancia de esta conducta delictiva para los legisladores de nuestro entorno más cercano.

Actualmente son frecuentes las prevaricaciones cometidas por abuso de quienes tienen el poder y que normalmente quedan impunes. Es decir los delitos cometidos por quienes en puestos administrativos, o políticos abusan del poder el cual tienen encomendado como servidores públicos. Cabe destacar las resoluciones injustas que se resuelven en vía administrativa, cuando el contenido es penal y por tanto deberían llevarse a cabo en dicha jurisdicción. Si se le da la razón al sujeto activo el cual ha sufrido un daño injusto por una resolución arbitraria, se indemniza a dicho sujeto; mientras que normalmente al prevaricador, no se le exige responsabilidad alguna. Por ultimo decir que el régimen disciplinario se usa a veces para coaccionar a los inferiores jerárquicos para que estos actúen conforme los intereses de los superiores y no conforme al derecho o a la ley.⁹

Estamos ante un delito especial propio, por lo tanto solo puede ser cometido por quienes gocen de la condición de autoridad o funcionario público. De estos delitos se ocupa el Capítulo I del Título XIX. La RAE¹⁰ define prevaricación como “*delito consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta una autoridad, un juez o un funcionario*”. El artículo 103.1 de la C.E declara el sometimiento pleno de la administración pública a la ley y al Derecho, También el artículo 9.3 de dicha norma establece la arbitrariedad de los poderes públicos por lo que algunos autores manifiestan que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación es el interés público y el pleno sometimiento de las resoluciones y dictámenes administrativos a la ley y al Derecho.¹¹ Con el fin de que los ciudadanos tengan una seguridad jurídica a la hora de interactuar con los poderes públicos. La prevaricación es una contradicción de dichos principios constitucionales pues, la actuación del servidor público constituye una desviación de poder, la cual es incompatible con un sistema democrático de derecho. Cuando no solo no se respetan dichos principios constitucionales sino que además se infringen gravemente aparece el medio sancionatorio más contundente de nuestro

⁹ SERRANO, 2011, p. 808

¹⁰ Definición obtenida de la Real Academia de lengua Española.

¹¹ ORTS, 2011, p. 701.

Ordenamiento Jurídico. Es importante aclarar que el Derecho Penal se rige por el principio de intervención mínima, debiendo reservarse dicho mecanismo sancionatorio para aquellas conductas administrativas que lesionen de manera más grave, el ordenamiento jurídico y no una simple ilegalidad o actuación antijurídica las cuales puedan ser corregidos por otros instrumentos jurídicos.¹²

5.2. Prevaricación Administrativa definición y análisis.

Jurídicamente se ha definido la prevaricación como: *“el faltar conscientemente a los deberes del cargo de funcionario que implican decisión o resolución.”*¹³ Quintano Ripolles definía la prevaricación de una manera más gráfica afirmando que prevaricar consistía en *“torcer el derecho.”*¹⁴

El delito de prevaricación no pretende sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor de inspección y sometimiento de la Administración Pública a la Constitución y a las leyes, sino castigar la imposición de la voluntad injusta del funcionario el cual abusa de su condición de superioridad, mediante el aprovechamiento de un cargo público para imponer su mero capricho y perjudicar al administrado (STS 674/1998 de 9 junio.). Es un injustificado abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad la que se sanciona.¹⁵

La prevaricación de funcionario público o autoridad, conforme la definición legal del artículo 404 del CP, se integra sobre los siguientes puntos: 1) Dictar resolución arbitraria, 2) Debe haberse dictado en asuntos administrativos.

5.2.1. Resolución.

El Tribunal Supremo entiende por “resolución”, cualquier acto administrativo que realice o lleve a cabo una administración pública y que suponga una declaración de voluntad que afecte a los derechos de los administrados y a un colectivo en general. Dicha declaración de voluntad puede ser: expresa, tacita, oral o escrita.¹⁶ La doctrina ha excluido todos aquellos actos administrativos que no tengan carácter decisorio como los actos de trámite, los

¹² MUÑOZ, 2013, pp. 905-904.

¹³ MORILLAS, 2011, p. 917.

¹⁴ MORILLAS, 2011, p. 917.

¹⁵ FERNANDEZ, 2010.

¹⁶ Véase SSTs 7322/1990 de 17 de Septiembre, 346/1994 de 21 febrero.

informenes, consultas, circulares, dictámenes y actos políticos etc.¹⁷ Cabe decir que para que exista una resolución no es necesario que esta ponga fin a la vía administrativa, tampoco precisa que la resolución sea firme ni que haya sido revisada por el superior jerárquico, simplemente bastara con que se despliegue unas consecuencias jurídicas sobre terceros.¹⁸ Además la resolución puede ser dictada en un procedimiento reglado o discrecional.¹⁹ En este sentido son resoluciones tanto la imposición de una multa o sanción, como el otorgamiento de una subvención.

5.2.2. Dictar

La acción típica se fundamenta en torno al verbo dictar. En el lenguaje gramatical-jurídico el cual significa “expedir, pronunciar o dar”. La resolución dictada debe tener contenido decisorio y por lo tanto debe afectar a los derechos de los administrados.²⁰

5.2.3. Arbitrariedad e injusticia.

En el Código Penal Español anterior, el legislador hacía referencia al concepto de injusticia en vez de arbitrariedad, sin embargo ¿podemos afirmar que son ambos conceptos equivalentes?

Desde una perspectiva conceptual, la injusticia de una resolución y su arbitrariedad son cuestiones diferentes. La primera hace referencia al ordenamiento jurídico: una resolución se considera arbitraria cuando contradice cualquier interpretación razonada con ninguna norma del ordenamiento jurídico. Por otra parte la idea de injusticia, no se relaciona con el ordenamiento jurídico sino a las distintas clases de teorías éticas sobre la justicia. Para entender este apartado, podemos poner un ejemplo: un funcionario de la época nazi permite el matrimonio entre un judío y una alemana. En este caso estaría actuando de manera arbitraria, por contradecir la legislación vigente de la época que prohibía dicho matrimonio (Leyes de Núremberg), sin embargo actuaría de una manera ética y justa conforme algunas teorías éticas.²¹

En el Código penal anterior la doctrina y la jurisprudencia interpretó el término “injusticia” conforme al significado que le hemos dado al concepto “arbitrariedad”

¹⁷ URBINA, 2011, p. 351.

¹⁸ MUÑOZ, 2010, p.2.

¹⁹ CARDENAL, 2011, p. 712.

²⁰ GARCIA, 2014, p. 4.

²¹ URBINA, 2011, p. 332.

El concepto de arbitrariedad es en la mayoría de los delitos contra la Administración Pública, el eje donde gira la conducta delictiva y más concretamente sobre el delito de prevaricación. Tal y como dice Lorenzo Morillas, “*el que actúa arbitrariamente procede contrario a la razón, a la justicia y a las leyes.*”.²²

La resolución dictada debe cumplir dos requisitos esenciales. El primero es que debe ser dictada arbitrariamente y el segundo requisito es que debe ser dictada a sabiendas de su injusticia. Como podemos ver arbitrariedad e injusticia, son dos términos totalmente distintos sin embargo debe ser interpretados con relación entre sí para que se pueda dar la prevaricación.²³ Lo cierto es que tal y como dice Urbina Gimeno interpretar dos términos diferentes como iguales supone a los jueces un “alivio” ya que así se evita grandes problemas. Imaginemos que además de indagar en la contradicción del ordenamiento jurídico tendrían que entrar a fondo de la cuestión para analizar si además quien dictó resolución arbitraria lo hizo a sabiendas de su injusticia. Un funcionario se niega a inscribir a un matrimonio homosexual en el registro ya que considera que se opone a las normas de justicia. Como negativa a la inscripción se opone al ordenamiento jurídico (decisión arbitraria) pero en cuanto al criterio de “injusticia” ¿cómo debería de juzgarse?²⁴

Para determinar el alcance de “injusticia” nos basaremos en los dos siguientes autores:

- **Serrano Gómez** manifiesta que apreciar la injusticia es sumamente difícil ya que según este autor muchas resoluciones se modifican según el órgano superior al que se acude en recurso.²⁵
- Para **Muñoz Conde** la injusticia debe entenderse como toda interpretación jurídica que sea difícilmente justificable en el plano teórico. Es decir son aquellas resoluciones en la que aparentemente no se quebrantan ninguna norma específica pero que sin embargo puede constituir una forma de manifestación de la prevaricación. Un ejemplo de esta teoría sería un retraso excesivo en la adopción de resoluciones.

Por lo tanto podemos entender por injusticia toda aquella contradicción manifiesta del ordenamiento jurídico. Pero no basta con el mero quebrantamiento del ordenamiento jurídica, para Orts Berenguer hace falta que se lesione gravemente el bien jurídico protegido ya que la

²² MORILLAS, 2011, p. 919.

²³ ORTS, 2011, p. 704.

²⁴ URBINA, 2011, p. 332.

²⁵ ALONSO, 2000, p. 214.

resolución injusta puede ser un fallo interpretativo del ordenamiento jurídico y por consiguiente una aplicación de forma incorrecta de la norma. Para evitar estos errores interpretativos, existen los recursos, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional (contencioso-administrativo). Pero cuando el funcionario público adopta una resolución con voluntad y consciencia plena, contraria a la ley, en ese caso existe arbitrariedad y por lo tanto estaríamos ante un supuesto de prevaricación administrativa o judicial.

Por arbitrario la RAE entiende, “*acto contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por mero capricho*”. En definitiva sería dictar la resolución que conviene a sí mismo sin el respetar el ordenamiento jurídico en sus formas normales de interpretación aceptadas por la doctrina jurisprudencial y la comunidad científica.

Es importante aclarar que no toda nulidad de pleno derecho que se enumere en el artículo 62 de la Ley 30/1992 por la que se regula la Ley de Régimen Jurídico Común y Procedimiento Administrativo, supondrá una prevaricación ya que hay que tener en cuenta el principio de “*ultima ratio*” de intervención del derecho penal. Es necesario que se contradiga al derecho de una forma notaria y objetiva, es decir una flagrante injusticia²⁶. De ahí que la resolución arbitraria deba ir precedida de un contenido injusto que dañe a una tercera persona o a un colectivo de personas. Para entender este apartado lo ilustraremos con el caso “Sherry World” (Sentencia del Tribunal Supremo 927/2003 de 23 de Junio). En dicho caso se absuelve a un alcalde y concejal de urbanismos, los cuales firmaron un contrato dentro del contexto plan promocional para Andalucía occidental cuyo objeto principal fue realizar un estudio para la implantación de un parque temático en la ciudad. No puede calificarse como una actitud prevaricadora desde el punto de vista penal, porque aunque puedan observarse la concurrencia de algunas ilegalidades, no puede admitirse que dicho acto constituya una contradicción insuperable y de grado notorio del ordenamiento jurídico.

5.2.4. Diferencia entre “ilegalidad” y “arbitrariedad”.

Resulta importante aclarar la diferencia entre ambos términos dado que tal y como viene afirmando la jurisprudencia, una resolución puede considerarse ilegal por basarse en

²⁶ PLEITE, 2015.

una interpretación errónea o discutible de una norma, sin que necesariamente sea arbitraria. La doctrina y jurisprudencia, tal y como hemos mencionado antes, coinciden en la importancia de respetar el principio de “*ultima ratio*” del Derecho penal, por lo tanto es importante servirse de un sistema de recursos ante órganos superiores.

En cuanto al término “arbitrariedad”, supone algo más grave que la “ilegalidad” ya que en el concepto arbitrariedad no cabe la posibilidad de interpretación errónea, estamos ante una resolución que desde el punto de vista coherente y lógico, ningún técnico jurídico podría interpretarlo conforme a una norma jurídica presente en nuestro ordenamiento jurídico, estamos ante una contradicción “*patente y grosera*” es decir tal y como define Urbina Gimeno la noción de arbitrariedad es una “*rotunda ilegalidad*”.²⁷

5.2.5. Acto administrativo.

La arbitrariedad ha de recaer en un “asunto administrativo” y por tanto recaerá en dicho asunto la resolución adoptada por el funcionario público sin embargo vamos a analizar dos cuestiones:

- La resolución debe tener naturaleza administrativa.
- El funcionario o autoridad han de actuar dentro del ejercicio de su cargo, es decir deben estar dentro de sus competencias encomendadas para su cargo pues, si la falta de competencia es escandalosa podríamos estar frente a un delito de usurpación de funciones.

La naturaleza administrativa puede interpretarse de dos formas:

- En la primera estamos ante la *concepción subjetiva* la cual entiende por naturaleza administrativa cualquier resolución dictada por una autoridad administrativa, indiferentemente de la naturaleza de aquella.
- La segunda hace referencia a la *concepción objetiva*, desde esta perspectiva las resoluciones de naturaleza administrativa solo son aquellas por la que se rige el Derecho Administrativo.

La doctrina se ha inclinado por la concepción objetiva excluyendo de ellas todas aquellas resoluciones de actos políticos o de gobierno a igual que los actos judiciales.²⁸

5.3. Consumación.

²⁷ URBINA, 2011, pp. 333-334.

²⁸ Información referente a este punto obtenida de CATALAN, 1999, pp. 58-59.

El delito de prevaricación Administrativa para ser cometido simplemente basta con que se dañe la idea o concepto de justicia, aunque no se cause un daño a particulares ni a la Administración Pública, por lo que en base a este razonamiento no se excluye la posibilidad conceptual del castigo de la tentativa.

El delito es consumado dependiendo el tipo de acto:

- En el caso de “resolución expresamente emitida”, en el momento de su adopción, sin importar el momento de su notificación de esta a sus destinatarios.
- En los “actos presuntos” el delito es consumado una vez vencido los plazos de silencio positivo o negativo según disponen los artículos 42 y 43 de la ley 30/1992 de 26 de Noviembre de 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). Siempre y cuando en dicho acto de omisión se observe una conducta omisiva a sabiendas de su injusticia ²⁹

5.3.1. ¿Se puede cometer el delito de prevaricación por omisión?

El artículo 404 del CP como hemos visto, utiliza la expresión “dictar resolución” por lo que “prima facie”, no será posible la comisión por omisión de esta conducta delictiva. En este aspecto la jurisprudencia se encuentra dividida: Por un lado se niega la posibilidad omisiva ya que exige una acción positiva del funcionario. (Tribunal Supremo 28/2002 de 14 de Junio)³⁰, para ello se fundamenta en la interpretación literal de la expresión “dictase” ya que normalmente cuando el legislador quiere penar la conducta omisiva lo ha tipificado expresamente. Por otro lado encontramos las sentencias del Tribunal Supremo del 2 de julio de 1997 en la que se aprecia la prevaricación por omisión.³¹ Cabe decir que algunos autores han manifestado que el acto presunto no debe equiparse a la resolución expresa desde la perspectiva del Derecho administrativo.³² Sin embargo Muñoz Conde basándose en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

²⁹ Información referente a este punto, IGLESIAS, 2011, p. 1543.

³⁰ POZUELO, 2011, pp. 1416-1417.

³¹ Supuesto de un alcalde que con su conducta omisiva, impidió que pudiera someterse a debate una moción de censura. La sentencia considera que la negación a la celebración del pleno extraordinario equivale a dictar una resolución arbitraria (STS 784/1997 de 2 julio).

³² CATALAN, 1999, pp. 66-67.

Común manifiesta que podríamos hablar de “actos presuntos” y por lo tanto pueda darse la prevaricación por omisión, siempre y cuando se trate de un asunto administrativo y cuyo sujeto activo que realice dicho acto, tenga la condición de funcionario o autoridad.³³

La doctrina debate si la prevaricación puede ser cometida por omisión. Los principales argumentos en contra de estas premisas se encuentran los artículos 42 y subsiguientes de la Ley 30/1992 por la que se regula el régimen jurídico de la Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común ya que en dichos artículos se regula el procedimiento de pasividad de la administración pública para dictar resoluciones como un instrumento más en su funcionamiento mediante el sistema de silencio administrativo “*por lo que un no hacer en asuntos administrativos puede equivaler a un hacer*”³⁴. Podemos entender que cuando un funcionario no dicta resolución aunque deba hacerlo en el cumplimiento de su cargo no necesariamente aparece una resolución improcedente.

A tenor de lo expuesto anteriormente, la jurisprudencia más reciente se inclina por admitir la prevaricación por “comisión por omisión”. Esta circunstancia se da cuando el funcionario está obligado a dictar resolución y su omisión ante su obligación tiene efectos en la resolución equivalentes a una denegación, debido al significado del silencio administrativo³⁵. Algunos autores como Lorenzo Morillas se decantan por no incluir el comportamiento inactivo del funcionario como delito de prevaricación. Alejado de esta posición Octavio De Toledo se decanta por la comisión por omisión.³⁶ Sin embargo el autor González Cussac se sitúa en una situación intermedia defendiendo que estos supuestos donde dictar una resolución injusta puede equivaler a no dictar resolución, no puede llevarse a cabo usualmente sino en supuestos muy excepcionales ya que el legislador requiere un comportamiento activo y no admite la forma omisiva.³⁷

5.4. Consecuencia jurídica.

La conducta delictiva del artículo 404 calificado como prevaricación administrativa, castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de siete a diez años. Sin embargo tras la reforma del código penal establecida por la Ley

³³ MUÑOZ, 2013, p. 904.

³⁴ ORTS, 2011, p. 703.

³⁵ SSTs 1037/ 1995 de 27 diciembre; 784/1997 de 2 julio.

³⁶ MORILLAS, 201, p. 919.

³⁷ IGLESIAS, 2011, p. 1541.

Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 31 marzo), vigente a partir del 1 de julio del 2015 modifica la consecuencia jurídica del artículo 404 del CP, por lo que la pena sería la siguiente: “*inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.*”. Como vemos la pena de inhabilitación para el empleo o cargo público pasa de un mínimo de siete años a un mínimo de nueve y de un máximo de nueve años a un máximo de quince. Además se especifica la prohibición de sufragio pasivo.

5.7. El Delito de nombramiento ilegal.

5.7.1. Base normativa.

Este delito ya se encontraba regulado en el CP anterior pero en vez de estar regulado como una modalidad de prevaricación se encontraba en el Capítulo “*de las usurpaciones de atribuciones y de los nombramientos ilegales*” por lo que fue criticado por la doctrina al encontrarse en un capítulo donde no guarda relación con el delito de usurpación de atribuciones.

Esta conducta se encuentra regulada dentro del capítulo I “*De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*” en el Título XIX del Código Penal. El nombramiento ilegal tipificado por el artículo 405, castiga a quien proponga, nombre o de posesión para el ejercicio de un determinado cargo público sin que se concurren los requisitos legalmente establecidos para ello.

El artículo 406 del mismo código legal, castiga a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o posesión de cargo público, con pleno conocimiento de que carece de los requisitos legales exigibles para determinado cargo público.

Como podemos ver estamos ante una conducta que tiene “carácter bifronte”³⁸ por lo que siempre que se sancione al funcionario por el artículo 405 automáticamente se le sancionara por el artículo 406 al particular.

³⁸ Véase por carácter bifronte el delito de Cohecho el cual al igual que el delito de nombramiento ilegal también se castiga al sujeto activo o particular que ha intentado obtener un beneficio ilegal de la administración pública.

5.7.2. El Bien jurídico tutelado.

Estamos ante un delito de la modalidad de prevaricación administrativa que castiga resoluciones arbitrarias dentro del procedimiento de acceso a la **función pública**³⁹ por lo que el bien jurídico protegido lo encontramos en la Constitución española de 1978 concretamente en su artículo 23.2 el cual consagra el derecho al acceso a todos los ciudadanos a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, con los requisitos que establecen las leyes. Además también podríamos hablar de un quebrantamiento de los principios establecidos en el artículo 103.3 de la carta magna, la cual establece el acceso al empleo público por los principios de mérito y capacidad.

En definitiva lo que se castiga es el acceso a la función pública, en las condiciones legales establecidas por la constitución y las leyes. Sin embargo la ubicación de este delito junto a la prevaricación hace entender que el legislador ha querido proteger el mismo bien jurídico o al menos muy próximo al de prevaricación.⁴⁰

5.7.3. Análisis de los elementos objetivos y subjetivos del tipo punible.

Elementos objetivos.

En cuanto al **sujeto activo**, solo puede ser un funcionario, y no cualquier clase de funcionario sino solo aquel entre cuyas competencias atribuidas se encuentran las de proponer, nombrar o dar posesión para el desempeño de un cargo público⁴¹. Si el funcionario carece de dichas competencias no estaremos ante un delito de nombramiento ilegales sino ante un delito de usurpación de funciones públicas.⁴²

Como ya hemos hecho referencia anteriormente en el capítulo primero en el apartado “concepto de funcionario público” de este trabajo de investigación, existen diferentes clases de empleados públicos (interinos, eventuales, funcionarios de carrera, laborales etc.).

³⁹ POZUELO, 2011, p. 1418.

⁴⁰ STS 2910/ 1993 de 9 marzo , manifiesta que el acceso a un cargo público en desconocimiento de las garantías legales necesarias para su nombramiento, afecta directamente a la estructura organizativa del poder público e indirectamente en los intereses sociales cuando en el ejercicio del cargo público se interfiera la ineptitud o la incompetencia.

⁴¹ Véase la STS 2910/ 1993 de 9 marzo la cual absuelve a un alcalde por nombrar e forma provisional al secretario de su ayuntamiento sin comunicarlo ni dirigirse al Ministerio competente por no recaer sobre el la competencia para realizar dicho nombramiento. Sin embargo dicha sentencia deja la puerta abierta a que se puede estar cometiendo un delito de usurpación de funciones públicas.

⁴² CATALAN, 1999, p. 106.

En cuanto a los funcionarios interinos, no quedarían al margen del artículo 405 del CP ya que según la doctrina no existen diferencias en cuanto a las funciones que realizan los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera ⁴³ sin embargo cuando se cubra una plaza provisional donde no tenga vocación de permanencia o integración en ningún cuerpo o escala de la Administración con el fin de hacer frente a un problema puntual de falta de personal la jurisprudencia ha negado la cabida del artículo 405 del CP para estos casos.

El caso del personal eventual o de confianza, por su propia naturaleza y requisitos de nombramiento ⁴⁴ es muy difícil que pueda darse este tipo de delito en este ámbito, ya que como es el caso del personal de confianza no se rigen por los principios del artículo 103.3 de la C.E.

El conflicto viene en cuanto al personal laboral ya que algunos autores defienden la exclusión de esta conducta penal a estos tipos de empleados públicos, justificando que el Personal Laboral no ejerce un cargo público. Sin embargo Catalán Sender ⁴⁵ no entiende esta justificación ya que para él en la actualidad existen funcionarios que realizan el mismo trabajo que el personal laboral y viceversa.

En lo que a mí se refiere estoy en acuerdo con Catalán Sender dado que en la actualidad todavía estamos ante un proceso de funcionarización de los funcionarios públicos por lo que todavía existen mucho personal laboral en la función pública que desarrollan funciones típicas de funcionarios ⁴⁶ y donde incluso muchos han llegado a sus puestos con procedimientos de selección prácticamente idénticos a los establecidos para los funcionarios públicos.

Elementos subjetivos.

Estamos ante un delito intencional ya que el precepto habla de “a sabiendas de su ilegalidad” lo que lo hace exclusivamente doloso en el caso del funcionario (artículo 405 del CP) y del particular (artículo 406 del CP) ha de acreditarse de forma objetiva que la propuesta

⁴³ Véase SAP Lugo 32/2006 de 25 enero y SAP Madrid 120/ 2008 de 21 febrero.

⁴⁴ Véase art 176.4 del RD. Legislativo 781/1986 el cual manifiesta: “*En ningún caso el desempeño de un puesto de trabajo reservado a personal eventual constituirá mérito para el acceso a la función pública o a la promoción interna.*”

⁴⁵ CATALAN, 1999, p. 108.

⁴⁶ Véase el artículo 15.c de la Ley de medidas de reforma de la función pública de 1984.

de nombramiento o toma de posesión se está realizando de forma ilegal, en ausencia de los requisitos exigibles legalmente.⁴⁷

Para Morales Prats y Rodríguez Puerta esta modalidad prevaricadora comporta en una conducta delictiva menos lesiva que su precedente genérico debido a que en este caso la tipificación solo hace referencia al término “ilegal”, concepto distinto al término “arbitrario”. Desde esta perspectiva, el delito de nombramientos ilegales, consiste en una modalidad prevaricadora menos grave que su antecedente genérico (artículo 404 del CP), pues en este caso la resolución no requiere de ese “plus” de antijuridicidad que daba el término “arbitrariedad” a la prevaricación administrativa del artículo 404. Para estos autores la interpretación ha de hacerse del siguiente modo: en los supuestos de propuesta, nombramiento, o toma de posesión “arbitrarios”, a sabiendas de su injusticia, deben ser castigados mediante el precepto del artículo 404 del CP ya que si se entablara dicha hipótesis en el precepto del artículo 405 del CP estaríamos ante comprometiendo al principio de proporcionalidad, pues son conductas que presentan distinta intensidad en cuanto a la consecuencia jurídica.⁴⁸

5.7.4. Consecuencias jurídicas.

La pena sería e 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. Sin embargo cabe decir que ha igual que el artículo anterior la pena ha sido modificada por la entrada en vigor de la nueva 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. En dicha modificación se contempla como la pena pasa de un mínimo de seis meses a un mínimo de un año y de un máximo de dos años a un máximo de tres años.

Por último, en el caso del particular que acepta el caso no podría imponerse la pena de suspensión debido a que no desempeña ningún cargo público, solo se impondría la pena de multa.

⁴⁷ MENESTRO, 2011, p. 628.

⁴⁸ MORALES, 2011, pp. 1697-1698.

6. PREVARICACION JUDICIAL

6.1. Introducción.

La prevaricación judicial por primera vez se encuentra regulada en el Capítulo I del Título XX bajo la rúbrica “*delitos contra la administración de justicia*”. En el código penal de 1973 se encontraba regulado en el Título VII, destinado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, en concreto en el Capítulo I sin embargo el legislador haciendo referencia al bien jurídico protegido optó por incluirlo en el título XX referente a la administración de justicia⁴⁹. Las modalidades del delito de prevaricación judicial recogidas en el actual Código Penal, guarda una gran relación con las conductas del código penal de 1973 por lo tanto permite aprovechar la doctrina y jurisprudencia generadas sobre estas conductas.

El Capítulo I del Título XX, se tipifica la prevaricación de Jueces y Magistrados que comprenden del artículo 446 a 449 del CP. Las conductas que se incluyen en el Capítulo I son: el delito de prevaricación judicial (artículo 446); la negativa a juzgar (artículo 448) y el retardo malicioso (artículo 449).

El bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación es el buen funcionamiento de la Administración de justicia y por tanto del poder judicial. Cuyo fundamento se encuentra en la Constitución española en el artículo 117.3 de dicha norma establece que los jueces y magistrados harán ejecutar lo juzgado y además juzgaran con independencia e imparcialidad sujetos exclusivamente a la Ley (artículo 117.1 C.E). Por ello puede afirmarse que este delito produce una vulneración del “Estado de Derecho” no se trata sin embargo de la protección de los derechos individuales sino de la propia institución judicial.

6.2. Conducta típica y sujeto activo.

La Conducta típica del delito de prevaricación del artículo 446 consiste el Juez o Magistrado que dicta, a sabiendas, una sentencia o resolución injusta.

Por una parte es importante aclarar que las resoluciones y sentencias de los jueces y tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominaran: providencias, autos y

⁴⁹ FERNANDEZ, 2013, p. 3.

sentencias⁵⁰. El contenido de cada una de ellas puede dar lugar a la apreciación de un delito de prevaricación judicial.⁵¹

Por otra parte la conducta hace referencia al término “*injusto*” el cual es el núcleo de la conducta delictiva. Tal y como hemos hecho referencia en el delito de prevaricación administrativa, por injusto la doctrina entiende la contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico. Se ha de precisar que no todas las interpretaciones o aplicaciones erróneas de un precepto normativo constituyen el delito de prevaricación por más que pueda ser considerada injustas. Para corregir los posibles errores de interpretación de preceptos normativos existe el sistema de recursos que prevé nuestro ordenamiento jurídico.⁵²

La injusticia puede venir tanto de la violación de las normas sustantivas como procesales. En las normas procesales solo pueden constituir un delito de prevaricación en los casos que suponga falta de competencia o la arbitrariedad total de la aplicación del procedimiento.⁵³

Estamos ante delitos englobados bajo la rúbrica de la prevaricación judicial por lo que son delitos especiales propios, que solo pueden llegar a ser cometidos por aquellos autores materiales que gocen de la competencia jurisdiccional. El sujeto activo de la conducta es el juez o magistrado, encargado de administrar justicia. Puede ser un miembro en sentido estricto de la carrera judicial o no⁵⁴: lo decisivo es la función de juzgar la cual debe tener el sujeto. En el caso de los juzgados colegiados también serían sujetos activos de dicho delito aquellos jueces o magistrados que dicten una resolución como miembros de un tribunal colegiado, excluyendo a aquellos quienes formularan voto particular disidiendo del contenido prevaricador de la resolución de la que se trate, y así mismo quienes hayan votado en contra de la resolución injusta.⁵⁵ Sin embargo una parte de la doctrina considera que no pueden ser autores de este delito: los miembros del tribunal constitucional, pues estos no resuelven con

⁵⁰ Véase artículo 141 de Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; artículo 206 y subsiguientes de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁵¹ORTS, 2011, p. 736.

⁵² El Tribunal Supremo ha considerado que para calificar de injusta una resolución judicial es necesario una flagrante ilegalidad, es decir una resolución irracional que suponga una contradicción objetiva del ordenamiento jurídico. Véase SSTs: 877/ 1998 de 24 Junio; 359/2002 de 26 febrero y 333/2006 de 15 febrero.

⁵³ GONZALEZ, 2011, pp. 1006-1007.

⁵⁴ Estaríamos hablando de jueces sustitutos, magistrados suplentes, jueces de paz véase la STS 24 de julio de 1998

⁵⁵ MENESTRO, 2011, p. 670.

parámetros legales los cuales tengan como consecuencia una resolución injusta (exceptuando el recurso de amparo), los miembros del Ministerio Fiscal, y los secretario judiciales, excepto la modalidad prevaricadora del artículo 449.1 que estudiaremos más adelante.⁵⁶

6.3. Aspecto subjetivo.

La prevaricación judicial está considerada como un delito de estricta presencia dolosa, el legislador ha exigido que se dicte una resolución a “sabiendas”. Por dicho término entendemos que el legislador ha querido dar a entender que el funcionario el cual tiene la tarea encomendada de juzgar o hacer justicia, tiene plena conciencia de que la resolución adoptada es injusta, es decir dolo.⁵⁷ Véase la STSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 14/1997 en la cual se “absuelve” del delito de prevaricación a un magistrado de lo social que hizo caso omiso reiteradamente a mandatos del Tribunal Superior referentes a la tramitación del procedimiento sobre el que estaba conociendo. Finalmente el Tribunal fallo absolviendo al magistrado ya que considero que el magistrado no era consciente de que actuaba con ilegalidad sino que por el contrario creyó haber elegido el camino más adecuado para la satisfacción de la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Supremo también ha ratificado el requisito de dolo para que se pueda dar la presente conducta delictiva. Como dice la STS 2/1999 del 15 de octubre, para que se cometa la prevaricación del artículo 446 en su forma dolosa se requiere que la injusticia de la resolución sea “manifiesta”, es decir que haya obrado a sabiendas de su injusticia. El problema viene cuando saber que una interpretación de la norma manifiestamente se ha interpretado de una forma contraria al derecho ya que como el profesor y letrado del Tribunal Supremo, Manuel Jaén Vallejo manifiesta: *“si el criterio objetivo se aplicara estrictamente en la determinación del adjetivo «injusto», la consecuencia sería clara: como las leyes son ambiguas, difícilmente se puede prevaricar, pues no sería posible conocer con exactitud la solución jurídicamente correcta, es decir, ¡casi nunca podría apreciarse prevaricación!, con lo que la norma perdería prácticamente su vigencia efectiva. Como puede comprenderse, esta consecuencia es inadmisibles, porque deja sin contenido la norma penal”*⁵⁸. Para ello, propone como solución que en cuanto injusto se entiende aquellas soluciones que no puedan ser derivadas por ninguna interpretación de la ley (que exprese el carácter contrario al deber de la acción de falsa aplicación del derecho). En la misma dirección González Rus manifiesta que

⁵⁶ SANTANA, 2011, p. 767.

⁵⁷ Véase la STS 2338/2001 de 11 diciembre.

⁵⁸ JAEN, 2002, p. 3.

se produce la prevaricación, cuando el criterio adoptado por el juez o magistrado es objetivamente contradictorio a cualquiera de las posibles interpretaciones del derecho aplicable, es decir se aparta de todas las posibles “direcciones” que marca la ley. Además Palomo del Arco añade que la calificación de “injusticia” no solo hace referencia a una contradicción intrínseca del ordenamiento jurídico sino que también son injustas desde una perspectiva subjetiva aquellas resoluciones motivadas por causas ajenas a la función judicial como por ejemplo odio, venganza, racismo o interés personal en el procedimiento.⁵⁹

Es importante aclarar que la revocación de una sentencia por una jurisdicción o órgano superior por considerarla contraria al derecho, no tiene por qué suponer delito alguno, sino que por lo contrario constituye una de las garantías del correcto funcionamiento de la Justicia.
60

El TC, ha manifestado que el elemento subjetivo ha de extraerse de los datos objetivos obrantes en las actuaciones (STC 229/2003 de 18 de diciembre). No obstante la jurisprudencia parece descartarse por excluir el dolo eventual⁶¹ (SSTS: 229/2003 de 18 diciembre; 773/1992 de 16 mayo; 1145/1995 de 20 noviembre).

El Magistrado y profesor de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Benlloch, manifiesta que es importante distinguir dos puntos en las operaciones judiciales, pues la prevaricación puede darse en algunos de estos dos niveles:

- A nivel del *juicio factico*, es la parte del procedimiento judicial donde se fijan los hechos y antecedentes relevantes. En este caso se estaría hablando de delito cuando la resolución señale hechos o antecedentes falsos o no ocurridos.
- A nivel de Subsunción, cabe hablar de resolución injusta cuando el juez aplique normas inexistentes, derogadas o interpretaciones totalmente fuera de las posibilidades que admite el Derecho para juzgar los antecedentes o hechos.

Para el Magistrado y profesor de Derecho Penal es importante distinguir sobre estos dos puntos, pues puede resolver problemas de quien debe responder por el delito en el caso de que

⁵⁹ PALOMO, 2011, p. 1653.

⁶⁰ GONZALEZ, 2011, p. 1006.

⁶¹ En el dolo eventual, la intención no es dañar sino que el sujeto actúa a pesar de que el sujeto conoce los riesgos que dicho acto pueda causar a terceras personas.

sea un tribunal colegiado el encargado de juzgar. Para entender este punto vamos a proceder a los siguientes supuestos:

- En el caso de que la injusticia derive del *supuesto factico* por la cual ha sido emitida una resolución de forma inveraz debido a que el magistrado manipulo los hechos y antecedentes en algún aspecto esencial al informar a sus compañeros del tribunal, tan solo el ponente informador de esta realidad inveraz responderá por el presunto delito de prevaricación. Este supuesto se dará siempre y cuando los demás miembros del tribunal no tengan acceso a los supuestos facticos dado que no se ha celebrado un juicio oral o vista pública, la cual haya permitido a los demás ponentes conocer sobre los supuestos de hecho. Aunque la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en su artículo 251.2 permite a los miembros del tribunal examinar los autos de los demás ponentes, estos no están obligados. Por lo tanto quedan exonerados de cualquier responsabilidad, al estar amparada su conducta en el principio de confianza.
- Por otra parte cuando la injusticia se encuentra en el juicio de subsunción (queriendo decir esto que los antecedentes y supuestos de hecho son correctamente veraces y no han sufrido ninguna manipulación por parte de ningún miembro del tribunal) responderá todo aquel miembro que no haya emitido un voto particular oponiéndose a la interpretación injusta.⁶²

Sin embargo cabe decir que la imprudencia también es castigada en nuestro código penal ya que dentro de las modalidades de prevaricación judicial, nuestro Código Penal tipifica en su artículo 447, un tipo imprudente de prevaricación.

Los demás delitos de denegación y retardo malicioso de justicia (los cuales analizaremos más adelante) también son considerados dolosos, exigiéndose la “consecución de cualquier finalidad ilegítima.”

6.4. Responsabilidad de la Administración de Justicia.

El delito de prevaricación judicial no establece reglas especiales en relación con la reparación del daño causado por dicha resolución injusta. Sin embargo es razonable que esa reparación del daño causado por el juez o magistrado no puede depender solamente de la capacidad económica del aquel que ha juzgado injustamente, para ello el artículo 121 del CP

⁶² BENLLOCH, 2011, pp. 361-363.

recurre a la responsabilidad subsidiaria la cual se establece a cargo de la Administración Pública, en este caso la Administración de Justicia.

Por otra parte la resolución judicial donde se ha visto plasmado el delito de prevaricación, también debe ser subsanado, para ello si en el momento de declararse la existencia del delito de prevaricación, existe firmeza en la resolución, La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 954.4ª establece el recurso de revisión.⁶³

6.5. Consecuencias jurídicas.

El artículo 446 tipifica la prevaricación judicial, en su tipo doloso y clasifica los delitos dependiendo el tipo de causa por el que se dicta resolución o sentencia cuya principales diferencias serian el agravante de la pena

Estamos ante una conducta delictiva que establece diferentes modalidades de penas, dependiendo la sentencia o resolución dictada por el juez o magistrado y si se ha llegado ejecutar o no. Podemos hablar de tres penas distintas.

6.5.1. Prevaricación judicial en causa criminal.

La primera regula la prevaricación judicial en causa criminal por delito .Cuando se dicta sentencia injusta contra el reo en causa criminal y no ha llegado a ejecutarse, las penas serán de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. Además en ambos casos se impondrá la pena de inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por el tiempo de diez a veinte años.

La sentencia ha de haber sido dictada en proceso criminal por delito, los cuales se encuentran tipificados en el Libro segundo del Código Penal, así como en las Leyes Penales especiales.

La sentencia debe haber sido dictada contra el reo y además debe perjudicar a la persona contra la que se dicta sentencia. En opinión de Serrano Gómez, el perjuicio ha de ser manifiesto y notorio,⁶⁴

Por ultimo decir que es indiferente que la sentencia sea dictada en primera resolución o firme.

⁶³ QUINTERO, 2011, p. 1874.

⁶⁴ ALONSO, 2000, p. 273.

6.5.2. Prevaricación judicial en proceso por faltas.

El artículo 446.2^a establece una pena considerablemente menor a la del supuesto anterior en el que el Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia injusta contra el reo en proceso por falta será castigado con la pena de seis a doce meses de multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años.

La diferencia con el delito del artículo 446.1^a es que estamos ante una prevaricación judicial que es dictado en un proceso por faltas por lo que estaríamos hablando de las infracciones penales tipificadas en el Libro III del Código Penal cuyo sujetos activos serían Jueces de Instrucción y Jueces de Paz.

6.5.3. Prevaricación en sentencias no penales u otras resoluciones injustas.

Por último el apartado tercero cumple una función residual⁶⁵ respecto a los dos anteriores. Castiga al juez que dictara cualquier resolución o sentencia injusta. Con la pena de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años.

Estamos en un caso donde se castiga las resoluciones y sentencias injustas de Jueces y Magistrados en procesos no criminales, es decir que sean del tipo civil, laboral o contencioso-administrativo. Además se incluirán en este apartado todas aquellas resoluciones dictadas en la jurisdicción penal que no sean sentencias, es decir estarían incluidas los autos y providencias⁶⁶ de la jurisdicción penal⁶⁷

Podemos ver la aplicación de esta tercera alternativa típica en la sentencia del Tribunal Supremo 1243/2009 de 30 octubre. En este supuesto un juez encargado del Registro Civil en el cual un matrimonio homosexual se disponía a adoptar una niña. Debido a evidentes razones ideológicas de insumisión a la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, decidió retrasar reiteradamente la resolución del expediente inventando trámites inexistentes e innecesarios, además de una reiteración de peticiones de informes en la cual se mostraba una actitud omisiva.

⁶⁵ CANCIO, 2011, p. 1466.

⁶⁶ Véase el artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la cual define, providencias, autos y sentencias.

⁶⁷ ALONSO, 2000, p. 274.

6.5.4. Modificación del Código Penal de 1995.

La reciente modificación de nuestro Código Penal establecida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo) ha modificado la redacción del artículo 446.1º y 446.2º. Sin embargo dicha modificación ha sido leve ya que no ha variado ni la conducta típica ni la cuantía de las penas, simplemente se ha añadido el concepto de causa criminal “grave o menor grave” para el primer punto del artículo 446 y la eliminación del concepto de “falta” por la consideración de “delito leve.”

6.6. Prevaricación imprudente.

6.6.1. Consideraciones generales.

El Código Penal admite la imprudencia de la prevaricación en su artículo 447, castigando al Juez o Magistrado que por Imprudencia grave o Ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta. En este caso supone una falta de diligencia, y cuidado de un juez, es decir una desatención por parte del juez en su deber profesional, de cuidado y conocimiento⁶⁸.

Con respecto a sus antecedentes, en la regulación del Código Penal anterior (CP 1973 art 355) hay que mencionar solamente dos modificaciones:

- Se ha sustituido el término “negligencia”, por el de “imprudencia grave” por lo que se ha acentuado la comisión culposa ya reiterada por la jurisprudencia que lo venía interpretando.
- El Código Penal anterior como soporte instrumental de la acción, hacía referencia a la sentencia, sin embargo ahora engloba, autos, providencias e incluso resoluciones orales⁶⁹ debido a que el texto punitivo introduce el término “resolución”.

6.6.2. Tipo Imprudente.

El Tribunal Supremo no admite la ignorancia cuando la injusticia de la resolución dictada es tan manifiestamente contraria a la ley que pone de relieve el absoluto

⁶⁸ ORTS, 2011, p. 739.

⁶⁹ Véase artículo 247 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

desconocimiento de la misma y por lo tanto excluye toda interpretación lógica y razonable. (SSTS 2635/1993 de 23 noviembre y 806/2004 de 28 junio).

La sentencia o resolución debe ser notoriamente injustas. No basta, con, una ilegalidad subjetiva sino que debe ser una sentencia donde la injusticia se aprecie de manera palmaria y no sembré la más leve duda. Además es sumamente importante que dicha irregularidad legal sea apreciable en ojos de un juez de formación media, ya que si no estaríamos ante una prevaricación dolosa.⁷⁰

En definitiva estamos ante un delito cuyo sujeto activo Juez y Magistrado de cualquier jurisdicción, dicta una sentencia notoriamente enfrentada al ordenamiento jurídico, debido a una imprudencia grave o una ignorancia inexcusable de conocer los preceptos normativos y jurisprudenciales necesarios para el desarrollo de su función. Algunos autores han señalado que es importante conocer algunos datos del juez a la hora de imponer el tipo imprudente de prevaricación, como por ejemplo la antigüedad y experiencia, la jerarquía jurisdiccional, el órgano jurisdiccional etc.⁷¹

La pena en este apartado es de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

6.7. Negativa a juzgar.

La negativa a juzgar es una de las modalidades de prevaricación contempladas en el Capítulo primero del título XX concretamente en el artículo 448 el cual dispone:” *El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años*”

6.7.1 Antecedentes

Este precepto se corresponde con la conducta delictiva del párrafo primero del artículo 357 del Condigo Penal de 1973, aunque la norma legal actual incluye la posibilidad de alegar causa legal para evitar juzgar un determinado caso. Uno de los problemas fundamentales que planteaba la regulación anterior era determinar si se trata de una conducta activa u omisiva,

⁷⁰ ORTS, 2011, p. 738.

⁷¹ BENLLOCH, 2011, p. 364.

especialmente en la relación que existe entre esta figura y la de retardo malicioso ya que regulaba ambas conductas en el mismo precepto (artículo 357 del antiguo Código Penal).

6.7.2. Conducta típica y Bien jurídico protegido.

El Código Civil en su artículo 1.7 propone el mandato genérico a todos los Jueces y Tribunales “*el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*”.⁷² Además tal y como dice Quintero Olivares, lo dispuesto en el artículo 448 CP cumple una evidente función protectora de uno de los principios constitucionales y derecho fundamental que dispone nuestra carta magna, la tutela judicial efectiva la cual regula el artículo 24.1 de CE⁷³. Como hemos dicho anteriormente una de los problemas que viene a encaminar esta conducta es en cuanto a la “acción” ya que se discrepa si es omisiva o por lo contrario activa. Parece ser que esta última es la más acertada por la doctrina dado que la conducta meramente omisiva daría lugar a un retardo malicioso en la Administración de Justicia.⁷⁴ Sin embargo existen autores los cuales manifiesta que es un delito de omisión, dado que existe obligación de juzgar ya que así lo establece el ordenamiento jurídico⁷⁵

La tipificación “sin alegar causa legal” nos da entender que permite la exclusión siempre y cuando la ley permita al juez no dictar resolución judicial en el momento procesal oportuno o por mediar causa de abstención.

6.8. Retardo malicioso en la Administración de justicia.

Esta modalidad de prevaricación judicial, cuenta con tres novedades con respecto a sus antecedentes (artículo 357.2ª del CP de 1973):

- La regulación actual precisa que es lo que debe entenderse por “retardo malicioso”
- La regulación actual amplía el círculo de sujetos activos debido a que el código anterior solo recogía como sujeto de la acción típica al Juez. Ahora además se incluye los Secretarios Judiciales.

⁷² Véase también el artículo 361 de la Ley Enjuiciamiento Civil, el cual dispone “los Jueces y Tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito.”.

⁷³ MARES, 1998, p. 152.

⁷⁴ MARES, 1998, pp. 152-153.

⁷⁵ ALONSO, 2000, p. 276.

- Recoge la expresión de “otros funcionarios distintos a los mencionados” por lo que entrarían a formar parte los escalones más bajos de la Administración de Justicia, así como los auxiliares judiciales, tramitadores procesales, gestores procesales, médicos forenses, agentes judiciales.

En cuanto al bien jurídico que se protege es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas artículo 24.2 de la CE así como a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de dicha carta magna

La conducta típica, como ya habíamos dicho anteriormente, la doctrina la considera omisiva ya que consiste en retrasar un procedimiento innecesariamente. Cabe precisar que al igual que el delito de negativa a juzgar se hace sin distinción de jurisdicción. Sin embargo no se tipifica cualquier “retardo” (ya que este desgraciadamente es común en la Administración de Justicia actual debido al volumen de trabajo que hace frente con los escasos recursos de los que dispone) sino solo el “retardo malicioso”, término que debe interpretarse como “*aquel provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.*”⁷⁶

Además la conducta que se tipifica en dicho precepto tal como se muestra en la STS 1020/1995 de 19 octubre, ponente SR. Martín Pallín exige los siguientes requisitos:

- Exige como presupuesto previo, la existencia de un espacio temporal durante el cual, la autoridad judicial haya mantenido una actitud pasiva u omisiva en relación con el caso.
- Además de la demora en la actividad judicial, se necesita sustento subjetivo inexcusable que concurra una especial voluntad dolosa.

En cuanto a los sujetos activos, como habíamos dicho antes, es considerablemente amplia, ya que para la modalidad primera se encuentran, aquellos funcionarios considerados del grupo A1 de la Administración de justicia, es decir los Jueces, Magistrados o Secretarios Judiciales y para la modalidad segunda cuya pena es impuesta en su mitad inferior, nos encontramos con los demás funcionarios de la Administración de Justicia los cuales ya hemos nombrado anteriormente.

⁷⁶ CANCIO, 2011, p. 1469.

Esta conducta delictiva puede ser **encubierta**, mediante acciones que a priori pueden ser consideradas positivas para el objeto del procedimiento judicial, pero que tienen como objetivo principal el retardar el la resolución o sentencia de dicho procedimiento. Como vemos el retardo malicioso también puede ser una conducta activa ya que se puede proceder a trámites innecesarios o invención de estos, con el fin de evitar la resolución del procedimiento.⁷⁷

En cuanto a la consecuencia jurídica existen dos tipos:

- 1) Cuando el retardo malicioso es producido por Jueces, Magistrados o Secretarios Judiciales, se castigara con una pena de inhabilitación para el empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.
- 2) En el caso de que el retardo malicioso sea cometido por cualquier otro funcionario de la Administración de Justicia que tenga potestad para ello, se le castigara con la pena de prisión en la mitad inferior a la expuesta en el apartado primero.

7. CONCLUSIONES.

En el presente Trabajo Fin de Grado a través del estudio realizado he podido llegar a las siguientes conclusiones sobre el delito de prevaricación.

El delito de prevaricación es una conducta delictiva común del ordenamiento jurídico penal de los países occidentales, el cual tiene su origen en el siglo diecinueve. Es importante saber que la importancia por parte de nuestros legisladores de castigar esta conducta ha crecido, ya que como hemos visto en la última reforma del Código Penal establecida por la Ley Orgánica 1/ 2015 del 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal, han aumentado sustancialmente las penas de inhabilitación especial pasando a castigarse en el caso de la modalidad básica de prevaricación administrativa del artículo 404 de 9 a 15 años y en la modalidad específica del artículo 405 de 1 a 3 años. Penas considerablemente más duras si las comparamos con las anteriores sin embargo aún estamos bastante lejos de las penas privativas de libertad que establecen las figuras análogas del delito de prevaricación en

⁷⁷ Véase el caso expuesto en este capítulo del Tribunal Supremo del 30 de octubre del 2009.

nuestros países vecinos cuyo ordenamiento jurídico proviene del Derecho Romano, como es el caso de Francia e Italia.

Una vez dicho esto, ha sido importante la definición correcta del funcionario público, dado que este iba a ser el principal sujeto activo de nuestro estudio. Llegando a la conclusión de que el ordenamiento jurídico español define dicho termino desde dos perspectivas distintas (penal y administrativa), es necesaria la coexistencia de dichas perspectivas pues, cada una tiene su ámbito de aplicación. Desde la perspectiva administrativa se regula los derechos y deberes de los funcionarios públicos y desde la segunda se protege el correcto funcionamiento de la función pública, siendo este segundo sustancialmente más amplio ya que abarca muchos más sujetos; personal laboral, funcionario interino y cualquier otra persona al servicio de la administración siempre y cuando realicen actividades de carácter público a través de un contrato administrativo.

El derecho penal en este ámbito como en cualquier otro debe regirse por el principio de intervención mínima pues, su finalidad no es sustituir la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor de inspección y sometimiento de la Administración Publica a la Constitución y a las leyes, sino castigar la imposición de la voluntad injusta del funcionario el cual abusa de su condición de superioridad. No se castiga la mera ilegalidad sino la arbitrariedad.

A las conclusiones que hemos llegado a través de la jurisprudencia y la doctrina del primer tipo de prevaricación, la prevaricación administrativa del artículo 404 del CP son las siguientes:

- En cuanto a la resolución es necesario que se despliegue unas consecuencias jurídicas sobre terceros y que tenga carácter decisorio (quedando excluidos los actos de trámite, los informes, consultas, circulares, dictámenes y actos políticos.), sin que sea necesario que dicho acto sea firme ni haya sido revisado por el superior jerárquico o estemos en un procedimiento reglado o discrecional.
- En la presente conducta delictiva, como en la mayoría de delitos contra la Administración Publica, el eje donde gira el delito es el término “arbitrariedad”. Sin embargo en el delito de prevaricación se le añade un requisito más, que sea a “sabiendas de su injusticia”. Tal y como dice la doctrina, arbitrariedad e injusticia son dos términos distintos, que sin embargo se interpreta normalmente como iguales. Si

además de entrar en el plano jurídico (arbitrariedad) tuvieran que indagar en un plano teórico (injusticia) supondría grandes problemas para los intérpretes judiciales. Sin embargo en lo que toda la doctrina está de acuerdo es en que dicha resolución injusta sea un fallo brusco, insuperable y de grado notorio del ordenamiento jurídico, donde no quepa posibilidad interpretativa alguna.

- Tal y como ha aclarado la jurisprudencia y la doctrina es importante no confundir los términos “ilegalidad y arbitrariedad” dado que se puede dar “ilegalidad” sin que se produzca “arbitrariedad”.
- En cuanto a la posibilidad de cometer prevaricación administrativa por omisión, la doctrina y jurisprudencia se encuentra totalmente dividida dado que existen varias posturas. Por un lado existe los que niegan la posibilidad omisiva de consumación del delito, para ello se fundamenta en la interpretación literal de la expresión “dictase”. En el lado expuesto nos encontramos con los que están a favor de una comisión por omisión fundamentándose en la LRJPAC (Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común) en los artículos 44 y subsiguientes donde se regula la resolución tacita por medio de la figura del “silencio administrativo”. También están los que se posicionan en una situación intermedia, defendiendo la prevaricación administrativa por omisión en los casos donde dictar una resolución injusta pueda equivaler a no dictar resolución.

En cuanto al delito de nombramiento ilegal hemos llegado a las siguientes conclusiones: estamos ante un delito de prevaricación administrativa donde se castiga una modalidad específica y por lo tanto la amplitud de posibles sujetos activos se ven considerablemente reducidos pues, solo pueden ser aquellos que tengan entre sus funciones el nombramiento de cualquier clase de funcionario, quedando excluidos de dicho procedimiento, el personal interino, laboral e eventual. Si se produjera el nombramiento ilegal por un agente publico incompetente para realizar dicho acto, estaríamos hablando de un delito de usurpación de funciones. Es importante aclarar que aquellos nombramientos que no se rigen por los principios constitucionales del artículo 103.3 (mérito y capacidad) como es el caso del personal de confianza quedan excluidos de dicha conducta delictiva.

Es obvio que esta modalidad prevaricadora es considerablemente menos grave que su antecedente genérico (artículo 404 CP), ya que tanto la conducta, no exige arbitrariedad sino simple ilegalidad y por lo tanto la consecuencia jurídica es menor. Por esto una parte de la

doctrina insiste en interpretar los nombramientos ilegales conforme el artículo 404 del CP si se produce una arbitrariedad en la propuesta o toma de posesión. Sin embargo si se produce una simple ilegalidad debería castigarse con el precepto específico del artículo 405 del CP.

La segunda parte del presente trabajo, la prevaricación judicial, guarda gran similitud con la prevaricación administrativa, de ahí que en el código penal anterior fuera tipificado en el mismo título. El principal problema que hemos encontrado en el estudio de dicha conducta delictiva es en cuanto a la interpretación de su criterio objetivo, ya que en juez debe indagar en si la resolución judicial se ha cometido a sabiendas de su injusticia, criterio potencialmente peligroso porque puede dejar sin contenido a la norma penal por eso a igual que en la prevaricación administrativa dicho delito se comete cuando en la resolución no quepa la menor interpretación posible de la norma o normas jurídicas en base a la cuales se ha resuelto.

Como hemos dicho a lo largo del estudio hoy en día gran parte de los procedimientos judiciales tienen lugar en tribunales colegiados por lo tanto existe muchas posibilidades de que dicho delito sea cometido por estos tribunales, es importante seguir el procedimiento en los dos niveles (fáctico y subsanación) establecido por el profesor y magistrado Benlloch Petit para determinar los posibles sujetos implicados en la conducta delictiva.

Para imponer el tipo imprudente algunos autores señalan que es necesario tener en cuenta algunas características del juez, como antigüedad, experiencia, la importancia del órgano jurisdiccional y la jerarquía jurisdiccional.

El código Penal actual, es la primera vez que regula la negativa a juzgar y el retardo malicioso en figuras delictivas distintas. Sin embargo el debate sigue ahí, pues gran parte de la doctrina y justicia disputan si la negativa a juzgar es una conducta omisiva u activa. Parece ser que la postura más lógica sería considerarla una conducta activa dado que una conducta omisiva daría lugar a un retardo malicioso, el cual está tipificado por el artículo 449 del CP. El retardo malicioso siempre debe ser imputable a cualquier finalidad ilegítima del juez o magistrado o cualquier otro funcionario de la Administración de Justicia. Es importante tener en cuenta que este tipo delictivo puede ser encubierta mediante procedimientos que a priori pueden ser “garantistas” pero cuya innecesariedad puede dar lugar a una finalidad ilegítima (véase la STS del 30 de octubre del 2009) por lo que estamos ante un delito que no necesariamente tiene porque ser omisivo.

8. BIBLIOGRAFIA

- Alonso Perez, F. (2000), *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, Dykinson.
- Benlloch Petit, G. (2011), “Delitos contra la Administración de Justicia” en Silva Sanchez, Jesús-María (director), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Barcelona, Atelier.
- Cancio Melia, M. (2011), “Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Memento Práctico Penal*, Madrid. Ediciones Francis, Lefebvre,
- Catalán Sender, J. (1999), *Los Delitos Cometidos por Autoridades y Funcionarios Publicas*, Ronda de San pedro (Barcelona), Bayer.
- Cardenal Montraveta, S. (2011), “Delitos contra la Administración Publica”, en Corcoy Bidasolo Mirentxu (directora), *Manual de Derecho Penal Parte Especial: Doctrina y Jurisprudencia*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Fernández Fuentes, M^a. (2013), “Especialidades del proceso penal por prevaricación judicial”, *Barcelona revista electrónica Indret*. Disponible online, en www.indret.com/pdf/946.pdf
- Fernández Santiago, A. (2010), “Comentarios al Artículo 404 del Código Penal” en Amadeo Gadeo. S (director). *Código Penal. Parte Especial. Tomo II. Volumen II*. Madrid, Factum libri ediciones. Véase a través del recurso electrónico, [uhttp://www.vlex.com/source/6654](http://www.vlex.com/source/6654)
- García Paz, D. (2014), “Sobre el Delito de prevaricación administrativa en el Código Penal Español”, *Diario La Ley*, nº 8279, sección tribuna. Disponible en la ley digital 360.

- González Rus J. (2011), “Delitos contra la Administración de Justicia” en Morillas Cueva Lorenzo (coordinador), *Sistema de Derecho Penal español parte Especial*, Madrid, Dickinson.
- Iglesias Rio, M. (2011),” Delitos contra la Administración Pública”, en Gómez Tomillo, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex nova.
- Jaén Vallejo, M. (2002), “La Ilícitud del Delito de Prevaricación Judicial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponible online <http://criminnet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j13.pdf>
- Javato Martin, A. (2011), “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, *Revista jurídica de castilla y león nº. 23*. Disponible online, en <http://www.recaudadoresseguridadsocial.es/wp-content/uploads/AGENTES-de-la-AUTORIDAD.pdf>
- Mares Roger, F. (1998), “Delitos contra la Administración de Justicia” en Frigola Vallina, J. (Coordinador), *Delitos contra la Administración Publica; contra la Administración de Justicia y contra la constitución*. Barcelona, Bosch Casa.
- Menestro Delgado, E. (2011), “Delitos contra la Administración Pública.”, en Lamarca Pérez, Carmen (coordinadora). *Manual de Derecho Penal parte especial*. Majadahonda, (Madrid), Colex.
- Morales Prats, F. (2011), “Delitos contra la Administración Publica”, en González Quintero Olivares (director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona, Aranzadi.
- Morillas Cuevas, L. (2011) “Delitos contra la Administración Pública”, en Morillas Cueva Lorenzo (coordinador), *Sistema de Derecho Penal español parte Especial*, Madrid, Dickinson.

- Muñoz Conde, F. (2013), *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Muñoz Cuesta, F. (2010), "La difícil delimitación entre la infracción administrativa del funcionario y el delito de prevaricación", *Revista Aranzadi doctrinal número. 4/2010*. Pamplona, Aranzadi.
- Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2011), "Delitos contra la Administración Pública", en Silva Sanchez Jesús-María (director), *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Barcelona, Atelier.
- Orts Berenguer, E. (2011), "Delitos contra la administración pública" en Martínez Buján; Tomás Salvador; Carbonell Matéu; González Cussac (Coordinadores), *Derecho Penal parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Palomo del Arco, A. (2011)", "Delitos contra la Administración de Justicia", en Gómez Tomillo, Manuel (director), *Comentarios al Código Penal*, (2ª Edición), Valladolid, Lex nova.
- Pozuelo López, L. (2011), "Delitos contra la Administración Pública" , en *Memento Práctico Penal*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre.
- Pleite Guadamillas, F. (2015), "El Delito de Prevaricación en la Contratación Pública", *Revista nº135 la ley digital* 360.
- Santana Vega, D. (2011), "Delitos contra la Administración de Justicia", en Corcoy Bidasolo Mirentxu (directora), *Manual de Derecho Penal Parte Especial: Doctrina y Jurisprudencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Serrano Gómez Alfonso; Serrano Maíllo Alfonso (2011), *Derecho Penal parte Especial*, Meléndez Valdés, (Madrid) Dykinson.
- Quintero Olivares, G. (2011), "Delitos contra la Administración de Justicia", en González Quintero Olivares (director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona, Aranzadi.

9. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional.

- Sentencia núm. 229/ 2003 de 18 diciembre.

Tribunal Supremo.

- Sentencia núm. 1243/2009 de 30 octubre.
- Sentencia núm. 333/2006 de 15 febrero.
- Sentencia núm. 806/2004 de 28 junio.
- Sentencia núm. 927/ 2003 de 23 junio.
- Sentencia núm. 359/2002 de 26 febrero.
- Sentencia núm. 28/2002 de 14 junio.
- Sentencia núm. 2338/2001 de 11 diciembre.
- Sentencia núm. 2/1999 de 15 octubre.
- Sentencia núm. 877/1998 de 24 junio.
- Sentencia núm. 674/1998 de 9 Junio
- Sentencia núm. 784/1997 de 2 julio.
- Sentencia núm. 1020/1995 de 19 octubre.
- Sentencia núm. 1145/1995 de 20 noviembre.
- Sentencia núm. 1037/1995 de 27 diciembre.
- Sentencia núm. 346/ 1994 de 21 febrero.
- Sentencia núm. 2910/1993 de 9 marzo.
- Sentencia núm. 2635/1993 de 23 noviembre.
- Sentencia núm. 773/1992 de 16 mayo.
- Sentencia núm. 7322/ 1990 de 17 septiembre.

Tribunal Superior de Justicia.

- Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña núm. 14/ 1997 de 8 de noviembre.

Audiencia Provincial.

- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid núm. 120/ 2008 de 21 febrero.
- Sentencia Audiencia Provincial de Lugo núm. 32/ 2006 de 25 enero.