

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

EL DELITO DE PREVARICACIÓN Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

ALBERTO GUERRA TSCHUSCHKE

Letrado Ayuntamiento de Murcia

Resumen

El autor trata de poner en relación una institución básica del Derecho Administrativo, como es el silencio administrativo y sus diferentes efectos jurídicos (producción de verdaderos actos presuntos o mera fictio iuris) con algunos elementos del tipo penal de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal español. El contraste es notable, pues el silencio administrativo ha sido técnicamente perfilado a lo largo de décadas de análisis doctrinal y jurisprudencial, mientras que algunos elementos del tipo delictivo permanecen sin refinar, pues hasta muy recientes fechas su aplicación se ha reservado para supuestos muy ostensibles.

Palabras clave: delito, prevaricación, silencio administrativo

“Prevarication and administrative silence”

Abstract

The author tries to relate a basic institution of administrative law, such as administrative silence and its different legal effects (production of alleged acts or mere fictio iuris) with some elements of the criminal type of administrative prevarication of article 404 of the Spanish Criminal Code. The contrast is remarkable, since the administrative silence has been technically outlined over decades of doctrinal and jurisprudential analysis, while some elements of the criminal type remain unrefined, because until very recently its application has been reserved for very ostensible assumptions.

Palabras clave: crime, prevaricatio, administrative silence.

SUMARIO:

1. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y NATURALEZA DEL «SILENCIO ADMINISTRATIVO»

2. PROBLEMAS OPERATIVOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

2.1. *Numerus apertus* de las excepciones al silencio positivo

2.2. Silencio administrativo y actos nulos

2.3. Eficacia temporal del acto presunto

2.4. La resolución extemporánea

3. LA PREVARICACIÓN OMISIVA

3.1. Caracterización general del delito de prevaricación

3.2. Prevaricación «en comisión por omisión»

4. PUNTOS DE CONEXIÓN ENTRE LAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES

4.1. Delito de prevaricación administrativa: ¿delito de mera actividad o de resultado?

4.2. Responsabilidad a título de complicidad omisiva

4.3. La arbitrariedad de la resolución presunta

4.4. Complejidad del Derecho Administrativo

5. CONCLUSIONES

1. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y NATURALEZA DEL «SILENCIO ADMINISTRATIVO»

El «silencio administrativo» es una institución del Derecho Administrativo ya casi centenaria en España, pues fue introducida por el Estatuto Municipal de 1924 y sus reglamentos, cuya redacción fue un encargo del entonces jefe del Gobierno, el General Primo de Rivera, al abogado del Estado José Calvo Sotelo, que en la época era Director General de Administración Local.

Su significado responde a una finalidad simple y esencial: la demora de la Administración Pública a la hora de decidir cualquier tipo de asunto no puede suponer una situación de

impás en la que los derechos de los ciudadanos o, incluso, de la propia entidad pública, queden en punto muerto o imprejuizados.

Dicho significado, por consiguiente, tiene un reflejo netamente procedimental o procesal, de tal modo que la «fórmula del silencio»¹ viene a habilitar que las personas interesadas y legitimadas para ello puedan interponer los consiguientes recursos o medios de impugnación que estimen por conveniente. En este punto ya se atisba una primera aproximación, y es que, en su concepción original, el silencio administrativo no es otra cosa que una «técnica» habilitada por la ley para forzar la continuación del expediente o su revisión y sin que, por tanto, la omisión del dictado de la resolución en el tiempo marcado tuviera otro efecto jurídico distinto al descrito.

Es por ello, que el insigne Profesor Tomás Ramón Fernández denomina el hecho a resolver como «una fisura del sistema de garantías»², fisura que es necesario taponar aplicando una simple técnica, consistente en permitir la interposición de recursos desde el momento en que venza el plazo legalmente establecido para resolver. La segunda de las consecuencias es también de sentido común, pues el propio arbitrio implica que el interesado ha de entender desestimada su petición, dado el carácter impugnatorio de la reacción que el ordenamiento le brinda. El silencio se origina así, como un simple mecanismo en virtud del cual puede entenderse como negativa la respuesta *no dada* por la Administración. Estaríamos entonces ante una presunción legal, que operaría en los procedimientos respecto a los cuales el ciudadano pueda esperar el reconocimiento de derechos o la obtención de ciertas ventajas o situaciones favorables a sus intereses, consistiendo la presunción en entender *desestimado* dicho reconocimiento de derechos o situación favorable, a los solos efectos de habilitar el acceso a la revisión administrativa o, en su caso, a la jurisdicción.

No obstante, es importante señalar que, pese a la operativa marcada, la cuestión a decidir por la Administración seguiría imprejuizada, sin que en ningún momento la ley le dispense del cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al interés general, por lo que el instituto del silencio siempre ha sido compatible con la obligación de resolver, aun de modo extemporáneo, con todos los matices que luego se abordarán. Ello es, a nuestro

¹ Así se denomina inicialmente a la institución en la «Exposición» del Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 8 de marzo de 1924.

² GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Civitas, 2008. Pág. 570.

juicio, lógico, pues el funcionamiento de la Administración Pública en el marco de un Estado de Derecho no es, ni puede ser, neutro, sino que está marcado sobre la base de unos principios y valores superiores a preservar en todo caso, aun cuando dicha preservación suponga el sacrificio de derechos privados consolidados y sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad en que se incurra. El avance del *silencio* en la legislación española tiene su reflejo en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1954 (LJCA) —indudable muestra del tinte procesal de la institución— y en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (LPA).

Decía el art. 38 LJCA que:

1. Cuando se formulare alguna petición ante la Administración y ésta no notificare su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora, y transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición.

2. En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, debidamente fundada.

La LPA de 1958, artículos 94 y 95, vino después a establecer una diferencia, esencial para el objeto de este trabajo, entre el llamado silencio «negativo» y el «positivo», señalando lo siguiente:

Art. 94

1. Cuando se formulare alguna petición ante la Administración y ésta no notificase su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora y, transcurridos tres meses desde de la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición.

2. Igual facultad de opción asistirá, sin necesidad de denunciar la mora, al interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo.

3. En uno y otro caso la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa. Contra el incumplimiento de este deber podrá

deducirse reclamación en queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente.

Art. 95

El silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. Si las disposiciones legales no previeran para el silencio positivo un plazo especial éste será de tres meses, a contar desde la petición.

Como puede comprobarse, la regulación del silencio negativo en la LPA mantiene básicamente el régimen del silencio negativo, pero da un paso más, creando un supuesto de silencio positivo que, por definición, ya no es una simple ficción a efectos procesales de habilitar la interposición de recursos, sino que aparenta ser ya una resolución definitiva sobre el fondo del asunto. En los casos así previstos, la inactividad administrativa produce verdaderos efectos susceptibles de causar estado y de innovar las relaciones jurídicas en las que la Administración toma parte, pues, a todos los efectos, lo que era presunción, adquiere ahora el carácter de verdadero acto administrativo finalizador del procedimiento, cuyos efectos favorables pasan a integrar el patrimonio de sus destinatarios. Lo que era una simple técnica o mecanismo habilitador que evitaba la incómoda espera de la resolución expresa, tiene ahora exactamente la misma significación al tráfico que ésta.

La Ley de 1992, de extensa nomenclatura³ (LRJPAC), que viene a renovar en plena democracia el «procedimiento administrativo común», sustituyendo a la magnífica LPA de 1958, ahondó en los mismos efectos del silencio «positivo», hasta el punto de cambiar su propia denominación, pasando a llamarse, expresivamente, «actos presuntos». Estos *actos presuntos*, no solo se refieren —en el sentido dispuesto por la LRJPAC— a la inactividad que despliega efectos positivos, sino incluso en los casos que la consecuencia sea negativa, por lo que en ambos casos estaríamos ante una auténtica resolución, a todos los efectos. De un modo contundente, el art. 43.1 LRJPAC, bajo la rúbrica «actos presuntos», indicaba:

³ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

No obstante lo previsto en el artículo anterior, si venciese el plazo de resolución, y el órgano competente no la hubiese dictado expresamente, se producirán los efectos jurídicos que se establecen en este artículo.

No hubo, pues, solo un avance, sino una importante transformación en relación con la significación jurídica del incumplimiento de la obligación de la Administración de resolver expresamente, pues cumplidos los requisitos y según los casos, dicho incumplimiento, generaba un acto administrativo, una resolución formal y material finalizadora del procedimiento, con idénticos efectos legales que cualquier otra, aun con subsiguientes problemas de índole práctico, de operatividad, que más adelante comentaremos —en cuanto guardan relación con el objeto de este trabajo— pero que, en todo caso, tal naturaleza tenían.

Tras una vigencia de escasos seis años (compárese con la longevidad de la LPA de 1958), la LRJPAC fue trascendentalmente modificada (en más del sesenta por cien de su articulado) por la Ley 4/1999, aprobada en el mes de enero de dicho año. Por lo que se refiere al régimen del silencio o «actos presuntos», la orientación vuelve al sentido que fue instaurado por la LPA cuarenta años atrás. Basta la lectura de un párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley modificadora para darse cuenta:

...el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley. Igualmente, se concibe el silencio administrativo negativo como ficción legal para permitir al ciudadano interesado acceder al recurso contencioso-administrativo, aunque, en todo caso, la Administración pública tiene la obligación de resolver expresamente, de forma que si da la razón al ciudadano, se evitará el pleito.

Volvimos, por tanto, en 1999, a la dualidad de regímenes —y a la denominación—, distinguiendo entre verdaderas resoluciones en caso de silencio positivo y meras ficciones en el caso del silencio negativo.

Y he aquí que hoy, tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley 39/2015, reguladora del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), nos encontramos con prácticamente la misma situación, la misma regulación en materia de silencio administrativo, que la que contenía la LPA de 1958 en sus artículos 94 y 95. Dice así el art. 24.2 de la actual LPAC:

La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

Para finalizar este apartado, podemos indicar que el silencio administrativo nace como remedio, como cláusula de cierre a una «fisura» del sistema (*qué hacer* ante la parálisis de la Administración). No obstante, los sucesivos intentos de mejora, no ya de la institución en sí, sino de su arbitrio como un elemento potenciador de la eficacia administrativa, como una garantía al servicio del ciudadano, han dado lugar a diversa problemática que muchas veces ha dejado prácticamente *en vacío* la operatividad práctica del sistema, pues como dijo Wach, la ley suele ser más inteligente que el propio legislador, advirtiéndose también por el Profesor García de Enterría que «la tipificación de hechos por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social»⁴.

2. PROBLEMAS OPERATIVOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Han sido muchos y variados los problemas de encaje del régimen del silencio administrativo —sobre todo del silencio positivo— en la sistemática general de otras instituciones del Derecho Administrativo. Trataremos solo las que atañen y tienen relación con el objeto de nuestro análisis comparativo con el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal.

2.1. Numerus apertus de las excepciones al silencio positivo

Ya desde el art. 95 LPA de 1958 pudimos observar como la falta de respuesta de la Administración en plazo podía suponer el reconocimiento o estimación de ciertos derechos o situaciones favorables de los ciudadanos interesados: «cuando así se establezca por disposición expresa o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores», decía el precepto. La misma técnica, abierta y como tal, que admite múltiples excepciones, se ha venido utilizando por las leyes posteriores. La LPAC vigente mantiene el mismo sistema indefinido, cuando su art. 24 señala que «el

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, 1961. Págs. 191 y 192. <http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2112894>.

vencimiento del plazo (...) legitima al interesado para entenderla estimada por silencio administrativo excepto en los supuestos que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario».

La primera crítica no puede ser otra que la *encriptada* redacción del precepto, en una ley que pretende ser «instrumento para que los derechos constitucionales del individuo sean reales y efectivos», para que éstos «puedan dirigirse a cualquier instancia administrativa con criterios de certeza» o que pretende «lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica»⁵. No es aceptable, desde nuestro punto de vista, que estas leyes medulares que nacen para ser el cuerpo normativo básico y esencial de las relaciones entre ciudadanos y la Administración, cuenten con una regulación tan compleja y llena de reenvíos sencillamente inescrutables para el común de las personas. La finalidad que persigue el silencio, no lo olvidemos, es *tapar una fisura* generando certeza frente a la falta de respuesta administrativa, pero finalmente se regula de un modo tan inoperativo que obliga a cualquier ciudadano a buscar asesoramiento externo y experto, pues lo normal es que no cuente con toda la información suficiente para determinar *qué pasa* si la Administración no le contesta.

Hay más inseguridad, incluso, en las leyes donde debe buscarse el reenvío, pues no son infrecuentes normas —con rango formal de ley— que persiguen deliberadamente evitar la producción del silencio positivo con fórmulas como «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de lo establecido en esta ley»⁶ o expresiones similares, pasando de la *encriptación* al *arcano*, pues conocer el sentido del silencio obliga en tal caso a resolver sobre el fondo de la cuestión, lo que a la postre, viene a ser lo mismo, o peor, que no disponer de la garantía.

Como puede apreciarse, el «verdadero acto administrativo a todos los efectos» resulta en la práctica mucho más etéreo o difuso que lo que se dice.

⁵ Estas citas entrecorridas pertenecen a las exposiciones de motivos de la Ley 30/1992 (LRJPAC) y de la Ley 39/2015 (LPAC).

⁶ Por ejemplo, lo establecido en el art. 11.3 *in fine* del RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana. Además, de que este precepto (o tipo de preceptos) ha sido objeto de sentencias del Tribunal Constitucional (STC 143/2017) y del Tribunal Supremo (STS de 28 de enero de 2009), existiendo incluso Resoluciones de la DGRN, dirigidas a Notarios y Registradores, para que éstos no hagan constar autorizaciones obtenidas —aparentemente— por silencio administrativo en determinados casos (RGRN de 15 de septiembre de 2009).

El problema de fondo en estos casos es el temor a que, por la vía del silencio, en el contexto de una Administración aun obsoleta en términos burocráticos o por la tardanza en el examen de los proyectos o peticiones de los ciudadanos, se patrimonialicen derechos o facultades ilegales. Sin que en nuestro ánimo esté ningún pronunciamiento *de lege ferenda*, lo cierto es que, a modo de conclusión, puede afirmarse que el dictado de una resolución definitiva por silencio administrativo no es una cuestión exenta de matices, ni mucho menos.

2.2. Silencio administrativo y actos nulos

Ligado a lo anteriormente expuesto, cabe preguntarnos si ante un acto *ganado* a través del mecanismo del silencio administrativo, el mismo tiene el carácter propio de los actos administrativos, en cuanto a su ejecutividad, esto es, si tienen presunción de validez y eficacia inmediata (arts. 38 y 39 LPAC). O, por el contrario, son actos *presuntamente* válidos, pero al cual los operadores jurídicos pueden realizar cierto examen de validez, dado su extraño o anormal origen, pues es obvio que la Administración aun no se ha pronunciado sobre el supuesto de hecho.

A esta pregunta retórica no cabe dar una única respuesta. Los supuestos de invalidez de los actos administrativos son diversos y el pecado original de la configuración legal del silencio positivo —el carácter abierto de los supuestos— impide pronunciarse sobre un ulterior juicio de validez que pueda hacer la Administración o terceros afectados por el acto presunto. Lo que sí es obvio es que las prevenciones legales ante el silencio se refieren a los supuestos más graves de invalidez, es decir, a la nulidad radical o de pleno derecho. En tal hipótesis podría decirse, aunque parezca raro, que un acto anulable sí sería ejecutivo, pudiendo imponerse ante la Administración y los terceros, hasta tanto sobre el mismo haya un pronunciamiento en vía de revisión o recurso, administrativo o, en su caso, judicial. Sin embargo, seguimos imbuidos en el mismo razonamiento circular, pues el juicio de revisión del acto presunto siempre sería a posteriori de producirse los efectos plenos del silencio, que en muchos casos —si su efectividad práctica fuera reconocida— sería capaz de innovar situaciones difícilmente revocables.

Tampoco es desconocida para la doctrina administrativa⁷ la categoría de los llamados «actos inexistentes», que son aquellos que por la absoluta falta de potestad del órgano

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Civitas, 2008. Pág. 588 y 589.

emisor, elementos territoriales, materiales, o de otra índole, y aun producidos por la Administración de modo expreso, no pueden ser tenidos como tales actos administrativos, negándoseles su virtualidad ejecutiva *ab initio*. La línea de separación entre estos actos y los viciados de nulidad radical es, realmente, difusa, pues comúnmente la ejecutividad de estos depende de la Administración misma, autora del acto, por lo que, en la práctica, la puesta en funcionamiento de los mecanismos de autotutela coloca de facto al sujeto pasivo del acto en una posición reaccional, construyéndose la típica relación jurídico administrativa natural, pese a la aparente y absoluta falta de legitimidad de la resolución.

La relación entre estos supuestos de nulidad, o simple «inexistencia» real de los actos y el dictado de una resolución delictiva por prevaricadora, incluso a través de la operativa del silencio administrativo, es claramente íntima y directa, lo que ya nos va adentrando en el objeto de nuestro estudio.

2.3. Eficacia temporal del acto presunto

Tampoco cabe olvidarse de la problemática que supone precisar el momento exacto en que el acto presunto nace al mundo jurídico, pues supone un elemento crucial para determinar sus efectos.

Si bien está claro que el mero transcurso del plazo marcado por la norma reguladora del procedimiento que se trate, con un máximo de seis meses (salvo que uno mayor sea establecido por una norma con rango de ley o en el Derecho de la UE) o, en su defecto, de tres meses (art. 21.2 y 3 LPAC), es el hecho desencadenante del silencio, lo cierto es que dichos plazos incluyen la práctica de la notificación de la resolución expresa, por lo que puede darse el caso, no infrecuente, que la Administración haya intentado notificar al interesado sin poder realizarlo, de tal modo que éste entienda producido un silencio que, en realidad, no ha tenido lugar, al impedirlo «el intento de notificación debidamente acreditado», tal y como dice el art. 40.4 *in fine*, de la LPAC⁸.

El sistema es inseguro, pues deja en manos de la Administración, de sus agentes o de notificadores externos, y de sus buenas prácticas, la «acreditación» del único intento de notificación necesario, que irremediamente inhabilita el silencio, además de que dicho *intento* es desconocido por el interesado que, en buena lógica, puede entender que han

⁸ Este mismo sistema del único «intento» como hecho impeditivo del silencio ya fue introducido por la Ley 4/1999, de modificación parcial de la LRJPAC de 1992.

transcurrido los plazos sin notificarle y, por consiguiente, que se han producido los efectos del silencio administrativo.

Esta falla, junto a los muy diversos supuestos en los que el cómputo del plazo se suspende (art. 22 LPAC) hacen de la cuestión cronológica un tema esencial para entender si el silencio y, por tanto, la verdadera resolución finalizadora del procedimiento, ha tenido lugar o no.

Y, en este punto, lo mismo podemos señalar en el caso de los procedimientos iniciados de oficio, en los cuales la resolución pueda ser sancionadora o de gravamen. ¿Cuándo o en qué momento se produce la caducidad del procedimiento por falta de notificación de la resolución? Aparentemente la respuesta está clara: vencido el plazo máximo de resolución sin que la misma se haya notificado. Sin embargo, el cúmulo de suspensiones, ampliaciones o las vicisitudes de la notificación, como hemos visto, pueden ser decisivas.

2.4. La resolución extemporánea

El artículo 24 .1 LPAC, en relación con el 21 del mismo texto, fieles a la tradición legislativa anterior, proclaman la obligación de resolver expresamente por parte de la Administración, pese a que el silencio administrativo ya se haya producido. Tal resolución extemporánea se encuentra vinculada, eso sí, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del mismo artículo 24 LPAC, destacándose que en caso de silencio positivo la resolución queda vinculada al propio sentido del silencio (solo podrá, pues «confirmar» la estimación), siendo libre la Administración para resolver en el modo que se estime oportuno, en caso de silencio negativo.

En la sistemática adoptada por la Ley, la regulación tiene toda la lógica, pues no cabe defender que el silencio positivo es un verdadero acto definitivo y al tiempo permitir una excepción al principio de intangibilidad de los actos declarativos de derechos o favorables. Sin embargo, una vez más, la operativa de este precepto es casi nula. Podríamos aventurarnos a señalar (sin ninguna base estadística) que deben existir muy pocas —no conocemos ninguna, al menos— resoluciones extemporáneas deliberadamente confirmatorias del silencio positivo, dictadas solo por este motivo, mientras que, a buen seguro, existen miles de casos en que la Administración resuelve con normalidad, sin atender al sentido del acto presunto, mientras que el interesado defiende la operativa del silencio y la nulidad de la resolución extemporánea por contradecirlo.

La constatación es, pues, sencilla: la previsión legal, que tiene todo el sentido como garantía o cláusula de cierre del sistema del silencio, no funciona en la práctica, siendo cada caso de silencio positivo (salvo que la petición del particular sea incólume) un conflicto.

La verdadera operativa del silencio, tal y como hoy se encuentra configurado, no es reflejo de la regulación legal, sino que, cobrando su propio sentido, reside en la imposibilidad de que la Administración despliegue su poder sancionador o incluso meramente coercitivo ante facultades o derechos que han sido *consolidados* a través del silencio administrativo, pues resulta evidente que la Administración no puede obtener beneficio alguno de su propio incumplimiento, en atención a los principios de confianza legítima, buena fe, a la doctrina de los actos propios y, en última instancia, con arreglo a la tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares.

3. LA PREVARICACIÓN OMISIVA

3.1. Caracterización general del delito de prevaricación

La prevaricación «administrativa» del art. 404 del Código Penal, en general, pues luego precisaremos su vertiente omisiva, es uno de los clásicos «delitos de funcionarios» o, siendo más preciso, de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios en ejercicio de su cargo. Dice así el art. 404 del Código Penal:

A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

La doctrina y jurisprudencia distinguen entre delitos especiales o comunes, en virtud de que su autor reúna o no una determinada condición o característica exigida por el tipo penal. Y a su vez, en los primeros, podemos diferenciar entre delitos especiales propios o impropios, siendo los propios aquéllos que carecen de un delito común equivalente que pueda ser cometido por una persona que carezca de la citada condición o característica.

En el caso de la prevaricación administrativa nos encontramos, por consiguiente, ante un delito *especial propio* por cuanto es requisito de tipicidad objetiva que su autor tenga la condición de funcionario o autoridad pública, con arreglo a la definición establecida por

el Código Penal; siendo propio por no existir ningún delito común correlativo o equivalente cuya autoría pueda atribuirse al sujeto que no tenga la cualidad de funcionario o autoridad pública.

Esta clasificación no carece de relevancia práctica, sino todo lo contrario, pues determina —no sin excepciones— la posibilidad de su autoría, que no de su participación por otros títulos (cooperación, complicidad, inducción), al igual que la necesidad de mantener la llamada «unidad del título de imputación», dado que no es posible sancionar al partícipe en virtud de otro tipo penal común, al no existir, como hemos dicho, ningún delito equivalente⁹.

En el caso de la prevaricación común del art. 404 del Código Penal, la doctrina señala al principio de legalidad como el bien jurídicamente protegido en estos delitos, constatándose precisamente en que la conducta sancionada consiste en dictar una resolución arbitraria a sabiendas, siendo un principio íntimamente unido con el de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE)¹⁰. Como se dice en la STS 600/2014 del 3 de septiembre, el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello, el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios.

Por otro lado, ¿en qué medida puede ser afectado dicho bien jurídico? ¿Estamos ante un delito «de lesión» o «de peligro», «de resultado» o «de mera actividad»? Estas preguntas, que podrían ser objeto de un estudio específico, traen causa del carácter amplio y difuso del bien jurídico que hemos denominado *categorial* y merecen tener una respuesta que ofrezca cierta seguridad interpretativa al operador jurídico, pues llamativamente afectan al objeto específico de nuestro estudio, vista la previsión del art. 11 del Código Penal:

⁹ Aun en el caso de existir un *tipo común*, tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que introduce el apartado 3 al art. 65 CP, el legislador adopta la llamada «teoría unitaria» (GÓMEZ MARTÍN), al prever expresamente la punición del *extraneus* como partícipe en un delito especial, si bien con una degradación de la pena prevista.

¹⁰ DELGADO GIL, A., *Ob. Cit.* Pág. 370.

Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación.

Tradicionalmente se viene a definir los delitos de mera actividad como aquellos «de pura conducta o de simple comportamiento»¹¹ (Antolisei). Sáinz Cantero pone el acento, no obstante, en la ausencia de efecto o resultado, señalando que son de simple actividad los delitos «que se consuman sin necesidad de que se produzca resultado externo alguno»¹². Pura conducta para su consumación y ausencia de resultado exterior. Estas serían, pues, las dos características de los delitos de mera actividad. Opuestamente, los delitos *de resultado* exigen para su consumación que tenga lugar un efecto exterior además de la simple actividad del sujeto activo. El resultado, tan importante en la dogmática penal, viene a ser, entonces, un efecto *distinto* de la acción (u omisión), suficientemente disímil a estos efectos.

En el orden práctico es casi coincidente la doctrina y jurisprudencia en considerar el delito de prevaricación del art. 404 Código Penal como de mera actividad.

Así se reconoce, por ejemplo, en la STS 391/2014, de 8 de mayo (FJ 11) Ponente, D. José Manuel Maza Martín. También en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 de octubre de 2000, donde se establece: «en orden a la responsabilidad civil “ex delicto” hemos de manifestar que no cabe establecer reparación económica de condena por delitos que no producen lesión de esta índole, pues ya se dijo que la prevaricación es un delito de mera actividad y no de resultado lesivo, y si en algún sentido cabe así considerarle es por la lesión que produzca en la Función Pública, bien de naturaleza ideal que no se corporiza en nada». La práctica totalidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en definitiva, viene a reconocer, aunque de un modo implícito, esta condición de «simple actividad» al delito del art. 404 Código Penal, no exigiendo resultado alguno —más allá del dictado de la resolución injusta— para su consumación.

La doctrina mayoritaria (si bien no se pone el acento en esta cuestión) acepta igualmente la indicada caracterización del delito.

¹¹ ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, pág. 229.

¹² SÁINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch, pág. 545.

No producir un resultado (modificación del mundo exterior) como requisito de consumación no quiere decir, como hábilmente apunta González Cussac, que no haya tenido lugar una lesión. Lo que quiere decir es que dicha lesión podría no formar parte del tipo objetivo del injusto. Sencillamente, la eventual lesión puede no ser considerada por el legislador como elemento determinante de la incriminación penal.

En el caso de los delitos de simple actividad, como la prevaricación del art. del 404 Código Penal, lo cierto es que la afección al bien jurídico —en un plano teórico— es *siempre un resultado*¹³ (la propia afección) aunque en atención a su magnitud y ausencia de manifestación «en el mundo exterior» dicha afección sea calificada como situación «de lesión». En definitiva, como señala Bacigalupo Zapater, «la lesión del objeto de la acción debe distinguirse de la lesión del objeto de protección»¹⁴. Esta última se produce siempre, pues como es natural todo delito afecta u ofende un bien jurídico. El grado de dicha «ofensa» o el grado de magnitud del «desvalor» determinará entonces «la configuración del injusto»¹⁵, pero es incuestionable —desde un planteamiento dogmático— que dicha afección u ofensividad debe existir en un grado tal, que haga necesaria la intervención del Derecho Penal.

Por otro lado —siguiendo con la caracterización del tipo penal—, coincidimos con la doctrina que ha calificado el delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código

¹³ ACALE SÁNCHEZ dice a este respecto que «el resultado es un elemento esencial de cualquier delito: para que el Derecho Penal pueda intervenir legítimamente habrá que realizarse siempre un comportamiento con relevancia en el mundo exterior y, por tanto, si no existe dicho “resultado”, no podrá haber delito». Algunos autores (V. LISZT, MEZGER), como señala ACALE, «en una lectura normativizada de la cuestión» han sostenido que «la realización del tipo es la acepción del resultado». ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo del injusto en los delitos de mera actividad*. Ed. Comares, pág. 78. No estamos, sin embargo, del todo de acuerdo. Sí, en la primera afirmación de la autora («el resultado es un elemento esencial de cualquier delito»), no en cuando a la visión puramente normativa del resultado. Toda acción típica ha de conllevar un resultado, más o menos aparente al mundo exterior; la acción de «realizar el tipo», la mera contravención *normativa*, no puede, a mi juicio, confundirse con el resultado indicado. Otra cosa, como venimos diciendo, es que al Derecho Penal, por cuestiones de política criminal, interese la prevención de determinados comportamientos, únicamente en función del peligro más concreto, potencial o incluso abstracto, que algunos comportamientos supongan para la convivencia social. Y sin perjuicio, que tales comportamientos puedan conllevar una lesión efectiva a bienes o derechos subjetivos. La prevaricación, en la medida que supone la adopción de una resolución administrativa ilegal y arbitraria, es evidente que podrá —de hecho, habitualmente, así sucederá— llevar aparejada la producción de un daño a los interesados en la actividad administrativa que se trate. Lo que ocurre es que ese daño es irrelevante para determinar la consumación de ilícito penal.

¹⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Pena. Parte general*, 1984. Pág. 115.

¹⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., Ob. Cit. Pág. 185.

Penal como un tipo residual, subsidiario y «cajón de sastre»¹⁶ a donde reconducir aquellos comportamientos *muy graves* que no encajan en algún otro tipo especial de prevaricación (arts. 320, 322, 329, 405 o 446 del Código Penal). La *gravedad*, pues, parece un elemento diferenciador respecto de otros tipos de prevaricación, en los que por su especificidad en la descripción de las conductas típicas no se exige un esfuerzo interpretativo superior. A modo de ejemplo, *emitir informe favorable a la concesión de licencia ilegal* (art. 320 del Código Penal) resulta una descripción mucho más cierta y precisa que *dictar una resolución arbitraria* (art. 404 del Código Penal). La falta de certeza deriva, por consiguiente, de tres elementos:

Por un lado, se recurre al tipo de prevaricación del art. 404 del Código Penal de un modo *negativo*, es decir, cuando no existe un tipo especial, mecánica que ya denota cierta complejidad del encaje.

Ello nos conduce al aludido concepto de *especial gravedad*. Se supone que el tipo especial ya incluye el grado de desvalor suficiente para la intervención penal; sin embargo, en el caso del art. 404 del Código Penal el juicio de valor sobre la gravedad pertenece al operador jurídico, pues la descripción típica es tan amplia que permite interpretaciones muy diversas. Octavio de Toledo ha señalado su opinión sobre esta disyuntiva. A su juicio, poner el acento principal «en la entidad del desacuerdo» de la resolución con el Derecho es un completo error¹⁷. Compartimos esta opinión. Cualquier acercamiento, siempre casuístico e irremediamente subjetivo, nos conduce a un camino de superposición entre el control de legalidad contencioso-administrativo y la eventual intervención del Derecho Penal. Como se ha apuntado *supra* la doctrina administrativa sobre la validez de los actos administrativos incluye incluso la categoría de los llamados «actos inexistentes», concebidos como aquellos a los que falta *hasta* la propia apariencia de acto, de legitimidad, insusceptibles por sí mismos de producir cualquier clase de efectos¹⁸, respecto a los cuales no ha de aplicarse si quiera la presunción de legalidad y validez que es propia de cualquier pronunciamiento administrativo, por inválido que pueda llegar a declararse. Esta categoría del acto inexistente, radicalmente nulo y

¹⁶ VIRTOS LARRUSCAÍN, M.J., *EL delito de prevaricación del funcionario público* en ASÚA BATARRITA (Ed.): «Delitos contra la Administración Pública», PVAP, Bilbao, 1997, pág. 133.

¹⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Op. Cit.* Págs. 32 y sig.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo, Vol. 1*, Civitas, pág. 624 de la Ed. 14ª de 2008.

exponente del mayor alejamiento del Derecho de una resolución administrativa pone en sería cuestión que el principio de intervención mínima del Derecho Penal se asiente, en el caso del tipo previsto en el art. 404 del Código Penal, primordialmente, en la entidad del desacuerdo con el Derecho.

A nuestro entender, dicho desacuerdo no basta. Ni es necesario demostrar un grado determinado de contradicción con el Derecho. La resolución debe ser contraria a Derecho, claro, pero debe quedar también acreditado que el sujeto activo del delito «sabe que actúa contra el ordenamiento sin otro norte que la satisfacción de un fin particular»¹⁹. Es obvio que la infracción legal debe ser manifiesta, ostentosa y palmaria, términos habitualmente utilizados por jueces y tribunales. Pero esto es obvio, ya que el Derecho Penal no debe ocuparse de las infracciones consideradas leves; la cualidad esencial, por el contrario, es que la vulneración sea deliberada, querida por su autor, producto de su capricho o guiada por su sola voluntad.

Como es sabido, la actividad de la Administración Pública puede ser reglada o discrecional. En el primer caso, la ley puede habilitar el ejercicio de las potestades públicas de un modo preciso —incluso con extrema precisión— lo que facilita el control de legalidad de su actuación; también puede efectuar dicha habilitación de un modo impreciso o genérico, derivado de la imposibilidad de prever toda la casuística, utilizando para ello los llamados «conceptos jurídicos indeterminados», tales como «urgencia», «justo precio», «utilidad pública», etc.²⁰. En ambos casos, la aplicación del Derecho al caso particular sólo puede ofrecer una alternativa, una única solución legítima, aun cuando en el segundo la operación sea mas complicada y requiera de una «declaración de lo que es de derecho en el caso concreto»²¹. Las potestades discrecionales, muy al contrario, son aquellas que por definición suponen la plasmación de un juicio subjetivo de la Administración al escoger entre distintas alternativas, todas ellas justas y legítimas. El control jurídico de la potestad discrecional es, obviamente, mucho más complejo, siendo necesario el empleo de las técnicas concebidas por el Derecho francés a través del *excès de pouvoir* (recurso por exceso de poder) en el primer tercio del siglo XIX²². En

¹⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Op. Cit.*

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, 3ª ed., pág. 35.

²¹ FLUME, *Steuerwesen und Rechtsordnung*, en *Festschrift für R. Smend*, Göttingen, 1952, págs. 59 y sig. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, 3ª ed., pág. 37.

²² Simplificadamente, el control de la actividad discrecional de la Administración puede hacerse: a) a través del control del fin (la desviación de poder supone un apartamiento de las finalidades de interés

España, desde la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 (art. 83.3), la técnica de la desviación de poder ya es una más y así se recoge también en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (art. 48.1) y posteriores²³.

En nuestro país, es sintomático —a efectos de lo que aquí analizamos— que la «desviación de poder» es un supuesto de invalidez del acto administrativo sancionado con la nulidad relativa o anulabilidad (arts. 63.1 de la Ley 30/1992 y 48.1 Ley 39/2015, reguladoras del Procedimiento Administrativo Común) de tal modo que su *gravedad* se presenta como menor que en el caso de las resoluciones nulas de pleno derecho, cuya relación es además *numerus clausus* (arts. 62.1 de la Ley 30/1992 y 47.1 Ley 39/2015). El efecto esencial de la anulabilidad es la retroacción de las actuaciones y la invalidez es *ex nunc*, no como en el caso de la nulidad radical, que tiene efectos *ex tunc*, y que es insubsanable. ¿Cómo entonces sería defendible que un acto meramente anulable —por incurrir en desviación de poder— sea prevaricador? Con Octavio de Toledo coincidimos, por consiguiente, en que el dato de la *gravedad* no es por sí sólo relevante. Una conducta ilegal, eso sí, pero meramente anulable, puede ser prevaricadora siempre y cuando responda a una finalidad dolosa y guiada exclusivamente por la voluntad caprichosa de quien la dicta.

Finalmente, el tercero de los elementos que apuntarían al déficit de seguridad jurídica que predicamos de la configuración del delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal, deriva de su carácter de *norma penal en blanco*^{24/25}.

público y general establecidas por la CE, art. 103.1 CE); b) a través del control de los «hechos determinantes»; y c) a través del control de los principios generales del Derecho. Como señaló GARCÍA DE ENTERRÍA, «El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo», refiriéndose a todo este conjunto de técnicas de control de la actividad discrecional de la Administración.

²³ Art. 70.2 de la vigente Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Arts. 63.1 de la Ley 30/1992 y 48.1 Ley 39/2015, reguladoras del Procedimiento Administrativo Común.

²⁴ GONZÁLEZ CUSSAC ha señalado, muy expresivamente, la caracterización del delito de prevaricación administrativa previsto en el art. 404 CP como norma penal en blanco, al indicar que «el tipo penal queda a merced de la legislación administrativa, y en este sentido no puede negarse su calificación como ley penal en blanco». GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 68.

²⁵ No obstante, GRANADOS PÉREZ opina que el delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP no constituiría una norma en blanco, sino un tipo penal con elementos normativos. En efecto —dice el autor— el art. 404 CP contiene todos los elementos que definen la conducta punible sin que sea necesario para su aplicación recurrir a una ilicitud definida en normas diversas del Código Penal. Ciertamente, la opinión de GRANADOS no nos parece asumible. Los elementos normativos del tipo requieren un juicio de valor por parte del juzgador que deberá remitirse al contexto jurídico positivo para su determinación, tales como «alevosía», «documento público» o «testamento»; para MEZGUER los elementos normativos se refieren a aquellos datos que no pueden ser representados e imaginados sin presuponer lógicamente

Se entiende por norma penal en blanco aquella que solamente contiene la sanción que corresponde a un presupuesto cuya determinación aparece en otra disposición de igual o de distinto rango²⁶. Ello obliga al intérprete a efectuar una labor de «recomposición» de la norma penal, que no siempre fácil.

Desde el momento en que el tipo penal ha de ser *recompuesto* o completado, lo cierto es que la función delimitadora de la tipicidad queda necesariamente resentida más, cuando mayor dificultad tenga la recomposición; en cuanto a la función *motivadora*²⁷ o de prevención general, también atribuible al tipo, es evidente que su complejidad será estrictamente proporcional a la menor eficacia de dicha labor preventiva del tipo. En el plano de la antijuricidad, igualmente la norma penal en blanco ha de suponer una merma de la función indiciaria de antijuricidad o, incluso, dejar directamente de ser indicio de dicha contradicción, pues en el caso de la prevaricación lo antijurídico se traslada *en bloque*²⁸ a una norma extrapenal. La ley penal debe contener, como ha dicho el Tribunal Constitucional en STC 120/1998, de 15 de junio, «el núcleo esencial de la prohibición», aparte de señalar la pena, y la norma complementaria, por su parte debe contener «un elemento inesencial de la norma remitida».

Con el fin de garantizar que el ciudadano pueda programar su comportamiento sin temor a injerencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado, Bacigalupo ha defendido la necesidad de que la norma complementaria contenga una «cláusula de remisión inversa» que permita a sus destinatarios saber que la infracción está amenazada

una norma. Se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho. En el delito de prevaricación administrativa existen diversos elementos normativos del tipo, tales como «resolución» o «asunto administrativo», pero es evidente, en nuestra opinión, que el carácter «injusto» deriva de la legalidad de dicha resolución y de su sujeción o no al Derecho Administrativo, por lo que dicha *injusticia* no puede ser considerada meramente como un elemento normativo, sino que la norma del art. 404 CP no contiene una descripción cerrada del supuesto de hecho prohibido, o como GONZALEZ CUSSAC dice, «el tipo penal queda a merced de la legislación administrativa». GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para la Unificación de la Jurisprudencia. Años 1991-2016*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, págs. 658 y 659.

²⁶ SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch, 1990, pág. 351.

²⁷ PUIG PEÑA, F. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. 1998, pág. 181.

²⁸ GARCÍA ARAN entiende por remisión «en bloque» aquella en la que la infracción de la normativa administrativa se convierte en un elemento típico. Y al decir «infracción» de la normativa administrativa se refiere la autora a la contravención de dichas normas como hecho sobre el que recae el desvalor penal, o lo que es lo mismo, «se sanciona penalmente la desobediencia a la norma administrativa», que es lo que sucede específicamente en el caso del delito de prevaricación del art. 404 CP. GARCÍA ARÁN, M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 16, 1992-3, págs. 63-104.

con una sanción, debiendo evitarse remisiones genéricas a preceptos que *se ignora dónde están*²⁹ y exigirse que los preceptos complementadores, a su vez, sean claramente determinados³⁰. García Arán ha señalado también, muy gráficamente, que algunas remisiones indiscriminadas a reglamentos obligan a debatirse en «auténticas selvas normativas» que no por publicadas y vigentes dejan de ofrecer dificultades para precisar el ámbito exacto de la punición³¹.

3.2. Prevaricación «en comisión por omisión»

Conocido es que nuestra jurisprudencia admite la prevaricación omisiva, si bien ello obedece a un cambio de criterio del Tribunal Supremo, expresado en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 30 de junio de 1997. Dicho Acuerdo dijo lo siguiente:

Asunto: Se examina el tema de la tipicidad de la conducta del alcalde que no convoque el pleno del Ayuntamiento para resolución de una moción de censura.

Acuerdo: La prevaricación de los funcionarios públicos puede cometerse por omisión.

Se estima que la conducta indicada de no convocatoria del Pleno podría también tipificarse como delito de impedimento por Autoridad o funcionario del ejercicio de derechos cívicos, previsto en el art. 194 del viejo Código Penal, y en el art. 542 del nuevo. Cabría apreciar un concurso de normas entre tal delito y el de prevaricación que ser resolverá a favor del último, por criterios de especialidad.

La cuestión surge porque el delito de prevaricación por omisión propia o «pura» no existe, es decir, la descripción del tipo no contempla expresamente que la conducta prevaricadora pueda cometerse mediante un «no hacer», pues explícitamente dice el art. 404 Código Penal que el delito consiste en «el dictado» de una resolución arbitraria, por lo que, en realidad, técnicamente solo puede existir prevaricación «en comisión por omisión», según los dos supuestos previstos en el art. 11 Código Penal, es decir:

²⁹ Un estudio de 2009 del Instituto de Empresa (IE) «*Regulation, Productivity and Innovation in Spain*» pone de manifiesto la existencia de más de 100.000 normas vigentes en España, pudiendo existir unas 67.000 de carácter autonómico y más de 4.000 solo en materia medioambiental.

³⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sanciones administrativas*, Ed. Colex, 1991, pág. 29. Y en *Principios de Derecho Penal*, Ed. Akal, 1990, pág. 97.

³¹ GARCÍA ARÁN, M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 16, 1992-3, pág. 82.

Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar, o

Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

4. PUNTOS DE CONEXIÓN ENTRE LAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES

Pasamos ahora al comentario sobre cuestiones específicas respecto a las cuales la regulación penal y administrativa *rozan* o resultan contradictorias, lo que siempre requiere un esfuerzo interpretativo.

4.1. Delito de prevaricación administrativa: ¿delito de mera actividad o de resultado?

Visto el art. 11 del Código Penal, la cuestión no es intrascendente, pues solo pueden cometerse «en comisión por omisión» delitos que sean de resultado, siendo muy explícito el precepto: «Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión...». Sin embargo, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997, que operó el cambio de criterio aplicado sin quiebras desde entonces, se limitó a declarar que «la prevaricación de los funcionarios públicos puede cometerse por omisión», sin mayores explicaciones sobre el cumplimiento de los requisitos del art. 11 del Código Penal. Desde entonces, como expresa la STS de 25 de septiembre de 2012, Pte. Sr. Varela Castro, el Tribunal Supremo no encuentra obstáculos en la punición (FJ 12):

Pero cuando, ante la ausencia de específica previsión del tipo de omisión propia o pura se pretende, la sanción a título de comisión por omisión, no puede prescindirse del presupuesto de equivalencia exigido en el artículo 11 del Código Penal. Precisamente porque la tal equiparación se tiene por concurrente conforme a la ley administrativa citada entre actos presuntos y expresos, se admitieron en tales hipótesis la modalidad de comisión por omisión del delito del artículo 404 del Código Penal.

En la Sentencia 1382/2002 de 17 de julio, se reiteró la doctrina nueva cuando dijimos: En relación a la posibilidad de prevaricación por omisión, es cuestión que si fue polémica, ha dejado de serlo en esta sede casacional a partir del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 30 Junio 1997 que en una reinterpretación del tipo penal, a la vista de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, viene a otorgar a los actos prescritos (debe decir presuntos), en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa. Parece evidente que tanto se efectúa la conducta descrita en el tipo penal "... la autoridad... que... dictase resolución arbitraria..." de manera positiva, es decir dictando la resolución como no respondiendo a peticiones que legítimamente se le planteen y respecto de la que debe existir una resolución, pues ésta, también se produce por la negativa a responder. En este sentido son numerosas las resoluciones de esta Sala que admiten la comisión por omisión de este delito, SSTS 1880/94 de 29 octubre, 784/97 de 2 Julio, 426/2000 de 18 Marzo y 647/2002 de 16 Abril, entre otras.

La doctrina expuesta, a nuestro parecer, es errónea y poco comprensible. Lo intentamos explicar.

La comisión por omisión solo puede tener lugar, según el art. 11 del Código Penal —este es un dato positivo— en aquellos delitos que sean «de resultado» y en los que se dé alguna de los dos supuestos antes transcritos (obligación legal/contractual o situación de riesgo para el bien jurídico protegido).

La conexión con la norma administrativa, LRJPAC (o nueva LPAC), dice el Tribunal Supremo, deriva de que esta Ley hace equivaler incumplimiento de la obligación general de resolver en plazo todo procedimiento (art. 42 LRJPAC o 21 LPAC), en determinados casos, que son, según el art. 24 LPAC:

En los procedimientos iniciados por a solicitud del interesado, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general.

El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado.

Pero lo cierto es que tal previsión legal, que el silencio administrativo estimatorio —en los casos así previstos— equivalga «a todos los efectos» (art. 24.2 LPAC) a un acto expreso, no hace sino evitar la comisión por omisión, pues la resolución entonces existiría, sin que pudiéramos hablar de una *fictio iuris* o «acto presunto», tal y como fue denominado en la redacción original de la Ley 30/1992, ya derogada. El acto dictado por silencio administrativo, en los escasos supuestos en que verdaderamente se produzca —pues las limitaciones legales son más que numerosas— es un «verdadero acto» que ha tenido lugar, eso sí, como consecuencia de la inactividad de la Administración dentro del plazo establecido, pero que nace al mundo del Derecho a todos los efectos, hasta el punto que puede y debe certificarse, no como una ficción legal; y hasta el punto de que una resolución expresa posterior no podrá ir en sentido contrario al «ya resuelto», pues ello implicaría de ordinario la vulneración del principio administrativo de irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos (art. 105 LRJPAC o 109 LPAC).

Cuando opera el silencio administrativo positivo no hay, en puridad, omisión en la producción de la resolución (aunque ello sea un oxímoron). Realmente se produce una resolución que ha sido dictada y cuyo contenido se establece *ope legis*.

A fortiori, el incumplimiento del deber de resolver no es la conducta prevista en el art. 404 del Código Penal. Tampoco está justificado que la prevaricación omisiva solo pueda tener lugar en «procedimientos iniciados a solicitud del interesado».

Y, por otro lado, ¿es el delito de prevaricación previsto en el art. 404 del Código Penal un delito «de resultado» a efectos del art. 11 Código Penal? Ya nos hemos referido a ello, y puede citarse la STS 391/2014, de 8 de mayo (FJ 11) Ponente, D. José Manuel Maza Martín, concluyendo que mayoritariamente doctrina y jurisprudencia entienden que es un delito de «mera actividad», lo que pondría en cuestión, de acuerdo con el art. 11 del Código Penal, que la prevaricación pudiera cometerse por omisión.

En todo caso —como hemos dicho— lo cierto es que desde el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997, y en toda la jurisprudencia posterior³² tal posibilidad se admite. Cosa bien distinta, es que el fundamento jurídico de la misma haya de establecerse en virtud de una correspondencia firme y directa con las previsiones del ordenamiento jurídico-administrativo, en relación con la institución del silencio administrativo, mucho más compleja y con un sentido teleológico totalmente distinto al perseguido por la norma penal.

El silencio administrativo ha sido considerado siempre como una «cláusula de cierre», protectora de los derechos del ciudadano en sus relaciones con la Administración, de tal manera que el vencimiento del plazo máximo de resolución de los procedimientos le habilitarían para la inmediata interposición de los recursos o, eventualmente, para iniciar la actividad o interés solicitado, en el caso que la Ley así lo permita (caso del silencio *positivo*); sin perjuicio de otras «cláusulas de cierre» complementarias que a su vez habilitarían la respuesta de la Administración en defensa de la legalidad o del interés general. Así, por ejemplo, son más que habituales los supuestos en los que la legislación sectorial contempla preceptos de muy difícil comprensión y encaje como que «en ningún caso podrán entenderse adquiridos derechos o facultades por silencio administrativo cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», cláusulas o disposiciones que en realidad vienen a invertir el sentido del silencio, generalmente admitido como «positivo» o, siendo más preciso, «estimatorio». En definitiva, no podemos caer en el automatismo de entender que la prevaricación omisiva deriva y está conectada con la pura y simple equivalencia de la resolución exigida por el art. 404 del

³² La STS, de 2 de julio de 1997, Pte. Sr. Granados Pérez, FJ 1, inmediata a la adopción del Acuerdo, señala: «Si bien es cierto que esta Sala ha sostenido en reiterados precedentes que, en principio, no cabe la comisión por omisión del delito de prevaricación, tal premisa jurisprudencial admite excepciones en los casos especiales en los que era imperativo para el funcionario dictar la resolución y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación. Este criterio es consecuencia del significado jurídico que tiene el silencio de la Administración, que equivale a una denegación y abre la vía del recurso correspondiente (cfr. arts. 42 y siguientes de la Ley 30/1992). El deseo de que el Tribunal Supremo cumpla su misión esencial de unificar el orden jurídico determinó que esta cuestión se sometiese al Pleno de la Sala que en una reunión celebrada el 30 de junio de este año se decantó a favor de la admisibilidad de la comisión por omisión especialmente tras la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que viene a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa».

Código Penal con la resolución «producida por silencio»³³, pues su finalidad es bien diferente.

Las razones del Tribunal Supremo —plasmadas en su Acuerdo de 1997 y seguidas por la jurisprudencia posterior— son más simples. Con arreglo al art. 11 del Código Penal, cuando el tipo omisivo propio no existe, caso de la prevaricación del art. 404 Código Penal, solo será punible la omisión impropia, que tiene lugar cuando el dictado de la resolución *debió hacerse* (por disposición legal o contractual) y no se hizo, deliberadamente, por capricho, ocasionando un resultado materialmente injusto; o, cuando con ocasión de tal abstención se creó un *riesgo no permitido* para el bien jurídico atendido por el delito, concepto que nos conduce a la llamada *posición de garante*.

4.2. Responsabilidad a título de complicidad omisiva

Más forzada, pero posible, según nuestro criterio, sería la incriminación de aquél igualmente vinculado por una norma para impedir la producción del efecto jurídico de la omisión prevaricadora y con su pasividad, contribuyere decisivamente —con dolo— a tal inactividad, cuando precisamente la actividad es lo debido, desencadenando finalmente el resultado materialmente injusto y arbitrario. Estaríamos hablando de un sujeto pasivo *extranei*, cómplice, cooperador o inductor, en comisión por omisión.

La STS de 16 de septiembre de 2010, Ponente. Sr. Marchena Gómez, analiza esta «complicidad omisiva» en los siguientes términos:

«Es cierto que la doctrina ha admitido, no sin controversia, la denominada complicidad omisiva, que encontraría su espacio natural como forma de participación en los delitos de omisión. Se trataría de calificar así aquellas conductas que encierran una forma de apoyo psicológico al autor principal y que actuarían como verdadero aporte en el hecho. Desde esta perspectiva, la omisión del cómplice, sin ser causal para la acción del autor principal, implicaría no determinar al autor a la ejecución de la acción a la que éste resulta obligado (STS 314/2010, 7 de abril).

La jurisprudencia de esta Sala, si bien ha reconocido expresamente que la admisibilidad de una participación omisiva es de difícil declaración, ha aceptado ésta, asociando su concurrencia a la de los elementos propios del art. 11 del Código Penal, entre ellos, que

³³ Nótese la incongruencia: no existe resolución del 404 CP (estamos ante una «omisión») pero sí existe, al haber sido dictada por silencio.

el omitente ocupe una posición de garante (STS 1273/2004, 2 de noviembre). De ahí que sea posible incluso en los delitos de acción, cuando la omisión del deber de actuar del garante haya contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión y que podría haberse evitado o dificultado si hubiera actuado como le exigía su posición de garante (SSTS 19/1998, 12 de enero, 67/1998, 19 de enero, 221/2003, 14 de febrero).

La jurisprudencia de esta Sala, en relación con la complicidad omisiva impone la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un presupuesto objetivo, esto es, el favorecimiento de la ejecución; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante (STS 1480/1999, 13 de octubre).

En palabras de la STS 185/2005, 21 de febrero, el mero conocimiento de la comisión del delito y la pasividad ante ello, excepto en los concretos supuestos de responsabilidad derivada de la ocupación de una específica posición de garante, legalmente prevista, no alcanza a constituir una forma de participación típica en esa comisión, por lo que el sujeto ha de llevar a cabo, en todo caso, actos de verdadera entidad y eficacia en relación con la ejecución del delito por el autor principal. (...) De concebirse la complicidad con tal amplitud que cualquier actividad, por irrelevante que fuere, siempre que se lleve a cabo por quien conoce la perpetración del delito, resultase identificable con esta forma de participación punible, acabaríamos encontrándonos no sólo con una indeseable hipertrofia de la categoría y con el incumplimiento del principio de legalidad, por ampliación indebida de los términos del precepto penal que la define, sino, lo que es más grave, con la pérdida de la referencia del verdadero fundamento punitivo de la figura del cómplice, que no es otro que el expuesto por la denominada «doctrina del favorecimiento», que encuentra justificación a esta forma de participación y a su castigo en el incremento del riesgo, la intensidad y mayor peligro de lesión del bien jurídico protegido por la norma penal tipificadora de la infracción, que la ayuda accesoria del cómplice añade a la conducta llevada a cabo por el autor principal. Es por ello, en consecuencia, por lo que se hace preciso y resulta indispensable, en todo caso, analizar en qué forma la conducta atribuida al sujeto «cooperó» realmente a la ejecución del delito, con eficacia incluso de mero favorecimiento y vinculación de causalidad con la agresión antijurídica realizada por el autor».

Por consiguiente, podemos observar las extraordinarias cautelas que pone el Tribunal Supremo a la hora de reconocer la posible complicidad omisiva en el delito de prevaricación, que, si bien es posible, debe ser objeto de un minucioso examen y motivación que no perturbe el principio de legalidad penal. Sobre este particular, también puede citarse la SAP de Murcia (Sección 5ª) nº 272, de 22 de julio de 2014, que condena por prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal a un Interventor municipal, por título de complicidad omisiva.

4.3. La arbitrariedad de la resolución presunta

Dejando sentado el criterio del Tribunal Supremo, cabría preguntarse, a la luz del Derecho Administrativo, cuándo una resolución presunta —producida por silencio, con efectos positivos o negativos— puede calificarse de arbitraria.

Como antes se dijo, el tipo penal objetivo no consiste en incumplir la obligación de resolver. No parece tan sencillo identificar una conducta prevaricadora con dicho incumplimiento. El torcimiento palmario del Derecho o la voluntad caprichosa del funcionario o autoridad no parece que puedan hacerse equivaler con el mero incumplimiento de la obligación de resolver, incluso siendo esta deliberada o a sabiendas, pues a nuestro juicio el principio de legalidad penal lo impide.

Si puede prevaricarse en comisión por omisión, desde una posición de garante, el hecho delictivo no puede ceñirse exclusivamente en omitir la resolución con el efecto colateral de que tenga lugar la resolución presunta «a todos los efectos» (silencio positivo) o como mera *fictio iuris* (silencio negativo), sino que sería necesario que el dolo se extienda mucho más allá y abarque el conocimiento de los efectos que con ello se consiguen, dando lugar a una situación jurídica ilegal y consolidada, creando el *resultado materialmente injusto* a que la jurisprudencia se refiere. El tipo penal del art. 404 del Código Penal exige que la resolución arbitraria se haya adoptado «a sabiendas» de su injusticia, constatando el necesario conocimiento que el sujeto ha de tener, sobre los elementos constitutivos del tipo penal y sobre la significación antijurídica de la conducta, hasta el punto de exigirse que tal conocimiento intelectual abarque el resultado materialmente injusto que su acción provoca.

Desde esta perspectiva el requisito de dictarse la resolución «a sabiendas» pertenece al ámbito de la culpabilidad, configurando un delito de naturaleza inequívocamente

dolosa³⁴. Es muy importante esta apreciación, pues el dolo requerido por el tipo es un dolo reforzado, directo, cualificado ya desde el elemento subjetivo del tipo (la arbitrariedad) y determinado expresamente por la locución «a sabiendas de su injusticia». Se exige, por consiguiente, un *dolus malus*, y se excluye el dolo eventual³⁵, pues el funcionario ha de querer el resultado injusto y materialmente lesivo del bien jurídico protegido por el delito.

4.4. Complejidad del Derecho Administrativo

Conectado con el punto anterior estaría la cuestión del intrincado mundo del Derecho Administrativo, siendo notorio el hecho de que en muchas ocasiones la «selva normativa» (García Arán) impide ver con claridad y sin interpretaciones el horizonte de los efectos jurídicos de una norma administrativa. La cuestión es incluso más chocante en el caso de los efectos del silencio administrativo, pues resulta muy habitual que los operadores desconozcan a ciencia cierta cuáles son los concretos efectos del silencio, por todas las razones apuntadas ya *supra*. Y no solo cuáles son los efectos (positivos o negativos) sino lo que es incluso más importante: si la Administración admitirá tales efectos en atención a los supuestos de suspensión de plazos, subsanación o no de defectos por el interesado, diferentes criterios de interpretación de la aplicación de normas de contenido técnico, etc., etc. No es un supuesto «de laboratorio», sino el caso más común, pues la Administración difícilmente admite un supuesto de silencio, al entender que no cabe obtener por dicha vía un título que adolezca del más insignificante de los requisitos que cualquier norma imponga.

Se hace pues, difícil, mantener el carácter delictivo de un comportamiento de efectos jurídicos difusos, ya sea por la propia naturaleza de los hechos, como si es por los irrelevantes efectos jurídicos de estos, a modo de la tentativa inidónea.

³⁴ Como definió MEZGER, «actúa dolosamente el que conoce las circunstancias del hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado». MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Vol. II. Pág. 102.

³⁵ OCTAVIO DE TOLEDO sostiene una opinión contraria a la mayoría de la doctrina en este punto. Según este autor, «la locución “a sabiendas” es compatible con el dolo eventual, conforme a la teoría del conocimiento o de la probabilidad de la que participo. Pues bien, difícilmente cabe encontrar una palabra que, implicando voluntad, sea más compatible con la contextura del dolo eventual que ésta de “arbitraria”». GARCÍA ARÁN Y GONZÁLEZ CUSSAC rechazan la inclusión del dolo eventual en la voz «a sabiendas» razonando que «no basta la mera probabilidad, sino que resulta imprescindible un conocimiento cierto de la injusticia». OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Op. Cit.* Págs. 34 y sig. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 104 y ss.

5. CONCLUSIONES

1ª. La regulación jurídica del silencio administrativo se configuró en origen como una «fórmula» o técnica legal para cubrir una fisura del sistema (la falta de resolución de la Administración no podía suponer el bloqueo de los derechos de los particulares o del interés general). No obstante, en su evolución la figura ha llegado a convertirse en eje de un sistema de garantías para el ciudadano en sus relaciones con las Administraciones Públicas. Lamentablemente, el sistema sigue presentando grietas y es ineficaz en la práctica por su falta de certeza.

2ª. El sistema vigente distingue dos clases de silencio, uno positivo, en virtud del cual la inacción de la Administración genera una plena sustitución de la voluntad de ésta por la Ley, produciéndose un verdadero acto finalizador del procedimiento; y, otro, negativo, conforme al cual el vencimiento de los plazos habilita al interesado a impugnar el acto presunto, que no es más que una ficción jurídica a estos efectos. El problema es, realmente, la certeza del deslinde entre uno y otro caso, pues además de la múltiple normativa a la que hay que atender, el resultado depende de un juicio interpretativo el operador jurídico dominante, que siempre es la Administración.

3ª. A efectos penales, el planteamiento anterior es, no obstante, válido, pues la jurisprudencia ha sancionado que cabe la prevaricación por omisión sustentándolo en que la norma administrativa admite el silencio como técnica productora de resoluciones. Se obvia, sin embargo, la problemática que deriva del alto grado de incertidumbre que hemos apuntado.

4ª. En esta tesitura, el principio de legalidad penal se ve resentido, pues a tenor de la literalidad del artículo 404 del Código Penal lo cierto es que la resolución debe ser expresa y sin ambages, adoptada dolosamente y materializando un resultado injusto y palmariamente ilegal. Igualmente, hay dudas sobre si el tipo delictivo es de mera actividad o de resultado, siendo relevante a los efectos previstos en el artículo 11 del Código Penal, que solo permite sancionar en comisión por omisión a aquél que ocupe una posición de garante, siempre cuando el delito cause un resultado material. La jurisprudencia, no obstante, contempla con solidez que el delito es de mera actividad, pero desde el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997 se declara que la prevaricación por omisión puede cometerse.

5ª. Como conclusión general a tenor de las contradicciones que se han explicado, mi postura sostiene la idoneidad de desconectar absolutamente las exigencias del tipo penal respecto al concepto de resolución expresa o presunta que regula la legislación reguladora del procedimiento administrativo. No puede el Tribunal Supremo sostener que se incrimina la prevaricación omisiva porque el silencio administrativo *equivale* a una resolución, pues ni esto es así en todos los casos ni, tampoco, es posible determinar a priori, sin un proceso más o menos interpretativo, cuál es el sentido del silencio administrativo en cada caso, a tenor de la materia sobre la que verse el procedimiento. Sería más coherente, por ejemplo, como se justifica el concepto más amplio de funcionario público a efectos penales, que se sostuviere la distinta significación de una resolución (o la falta de ella) para que pueda imputarse el delito, siendo más cercana dicha significación a la de una simple decisión (expresada u omitida) con trascendencia jurídica, evitando así los problemas de conexión entre una y otra rama del ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo del injusto en los delitos de mera actividad*. Ed. Comares. 2011
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, Doxa, 1992.
- ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*.1985
- ARAGONÉS BELTRÁN, E., *La Cuestión Prejudicial Administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo*, en *La responsabilidad penal en la Administración Pública*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010.
- ASENCIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch.1988
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal*. Ed. Akal. *Parte general*, 1984.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sanciones administrativas*, Ed. Colex, 1991.
- BACIGALUPO, E. *Derecho Penal, Parte General*, 1º edición. 1979
- BACIGALUPO, E. *La responsabilidad penal de las sociedades, actuaciones en nombre de otro, responsabilidad de los Consejos de Administración, responsabilidad de los subordinados. La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial*, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1986
- BACIGALUPO, E., *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal.*, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho*, 1988
- BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed. 1994.
- BASTIDA GONZÁLEZ, M.P., *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*, en la obra conjunta *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, 2005.
- CEREZO MIR, J. *Culpabilidad y pena*, Problemas fundamentales del Derecho Penal, Madrid, 1982.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Enjuiciamiento Criminal, Ley y Legislación Complementaria, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I*, (Dir.), Ed. Trivium. 1999.
- CÓRDOBA RODA, J.(junto con GARCÍA ARÁN) en *Comentario al art. 404 del Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, 2004.
- CÓRDOBA RODA, J., *El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba*. Revista Jurídica de Cataluña, 1982.

CRESPO BARQUERO, P. *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, AA VV, (Coord. I. Serrano Butragueño), 1988.

DE LA MATA BARRANCO, N., *El funcionario público ante el Derecho Penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 20, 2010.

DE LA MATA BARRANCO, N., *El principio de proporcionalidad penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2007.

DE LA OLIVA, A. *Lecciones de Derecho Procesal Penal II. 1992*

DEL ROSAL, M. *Derecho Penal español*, 1960.

DELGADO GIL, A. *Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración Públicas*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de la Presidencia, BOE, 2009.

FEIJÓ SÁNCHEZ, B., *Comentarios al Código Penal*, obra conjunta dirigida por

FEUERBACH, P.J., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2ª parte, 1800.

FLUME, *Steuerwesen und Rechtsordnung*, en *Festschrift für R. Smend*, Göttingen, 1952.

GARCÍA ARÁN M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, Estudios penales y criminológicos, Nº. 16, 1992-1993.

GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., 1996.

GARCÍA ARÁN, M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, en Estudios Penales y Criminológicos, nº 16, 1992-3.

GARCÍA ARÁN, M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, en Estudios Penales y Criminológicos, nº 16, 1992-3.

GARCÍA ARÁN, M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, en Estudios Penales y Criminológicos, nº 16, 1992-3.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo, Vol. 1*, Civitas, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, 3ª ed.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, 3ª ed.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación*, REDA, nº 98/1998.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *El Control de la Fiabilidad Probatoria: «prueba sobre la prueba»*, Ed. Revista General de Derecho, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, 1966.

GIMENO SENDRA, en el Estudio Preliminar de *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, obra conjunta de BALLBÉ MALLOL, M. Y PADRÓS REIG, C., Ed. Thomson.

GIMENO SENDRA, V., Presentación de *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, obra de BALLBÉ y PADRÓS, Ed. Thomson-Civitas

GIMENO SENDRA, V., Presentación de *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, obra de BALLBÉ y PADRÓS, Ed. Thomson-Civitas.

GÓMEZ BENITEZ, J.M., *Lecciones de teoría jurídica del delito, Tomo I*.

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, 7ª ED.

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, 7ª Ed.

GÓMEZ RIVERO, Mª. C. *¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?*, Revista Penal, nº 18, 2006.

GÓMEZ RIVERO, Mª. C. en *¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?*, Revista Penal, nº 18, 2006.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1994.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1994.

GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para la Unificación de la Jurisprudencia. Años 1991-2016*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2017.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y las penas*, en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Ed. Aranzadi, 2010.

HERZBERG, R. D. *Eigenhändige Delikte*, en *ZStW* 1970.

HERZBERG, R.D., *Akzesorietät del Teilnahme und persönliche Merkmale*, 1991.

HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, 1971.

HUERTA TOLCIDO, S., en *Principio de legalidad y normas sancionadoras*. Ed Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

JAKOBS, G. *Dolus malus*, *InDret*, 4/2009.

JAKOBS, G. *Sobre la teoría de la pena*, trad. De M. Cancio, *Poder Judicial*, nº 47.

JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Civitas, 1997.

JAKOBS, G., *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, *ZStW* 114 (2002).

JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, 1999.

JAREÑO LEAL, A., *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Ed. Aranzadi, 2015.

JAVATO MARTIN, A., *El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales*, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 23, 2011.

JIMENEZ DE ASUA, *Principios de Derecho Penal*, 3ª ed., 1958,

MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, Padua, 1989.

MANZINI, V. en su *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ed. Jurídicas Europa-América.

MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y AYMERICH CANO, C., *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Ed. Bosch, 2017.

MARTÍ DEL MORAL, A. *De nuevo sobre las cuestiones prejudiciales administrativas en los procesos penales (Comentario a la STC 30/1996, de 26 de febrero, Sala Segunda)*, *Revista de Administración Pública*, nº 145, enero-abril 1998.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo*. *Estudios Penales y Criminológicos*.

MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Vol. II.

MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, 1955

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 8ª Ed.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 1993.

NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, 4ª ed.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación de funcionario público*, Civitas, 1980.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*. Conferencia pronunciada en las Jornadas de Derecho Penal para Directivo de la Junta de Andalucía (Sevilla, junio de 1996). Publicada por el Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP).

OLAIZOLA NOGALES, I., *Concepto de funcionario público a efectos penales*, en *Delitos contra la Administración pública*, IVAP.

OLAIZOLA NOGALES, I., *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, *La Ley*, 2007.

ORTS BERENQUER y VIVES Antón en *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanc, 1999.

ORTS BERENQUER, E; COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX

PASTOR ALCOY, F., *La prescripción del delito, la falta y la pena. Análisis jurisprudencial sistematizado. Comentarios y formularios*. Editorial Práctica del Derecho, 1995.

PASTOR ALCOY, F., *Prueba indiciaria y presunción de inocencia. Análisis jurisprudencial, requisitos y casuística*. Ed. Práctica de Derecho, 1995.

PESSINA, E. *Elementos de Derecho Penal*. Ed. Reus, 1936.

PROTO, E. *Sulla natura giuridica del reato continuato*, 1950.

PUIG PEÑA, F. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. 1998.

QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia Penal en España*, Ed. Aranzadi, 1998.

REIG, J. y CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte especial*. 3ª Ed.

ROBLES PLANAS, R. (Dir.) *La Responsabilidad en los delitos “especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*. Ed. Bdef, 2014.

ROBLES PLANAS, R. (Dir.) *La Responsabilidad en los delitos “especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*. Ed. Bdef, 2014.

RODRIGUEZ MOURULLO, Ed. Civitas, 1997.

ROMERO TEJADA, J.M. en *Prejudicialidad penal. Incidencia en la actividad administrativa*, Fundación Democracia y Gobierno local.

ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, 2004.

SAINZ CANTERO, J.A., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch, 1990.

SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch, 1990.

SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch, 1990.

SÁINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch.

SANCHEZ DE LA PARRA y SEPTIÉN, P.F., *Las cuestiones prejudiciales en el orden jurisdiccional penal, civil, contencioso y social*, Ed. Comares.

SÁNCHEZ MARTINEZ, O. *Los principios en el Derecho y la dogmática penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, J., *El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial*. Ed. Dykinson, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, InDret, octubre 2006, nº 377.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, 1999.

SORIANO GARCÍA, J.E., Prólogo a *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Ed. Bosch, 2017.

STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*.

STRATENWERTH, G./KUHLEN, L., *Strafecht. Allgemeiner Teil, I*, 5ª Ed. Carl Heymanns, 2004.

TIEDEMANN, *La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo*. Revista Penal, nº 5, 1999.

TORNOS MÁZ, J., *¿Quién debe ejercer el ius puniendi del Estado?* Revista Española de Derecho Administrativo, nº 161, 2014.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Reflexiones sobre los conceptos penales del funcionario público, función pública y personas que desempeñan la función pública*, en Cuadernos

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*. INAP y Universidad de Santiago de Compostela.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*. INAP y Universidad de Santiago de Compostela.

VIRTOS LARRUSCAÍN, M.J., *EL delito de prevaricación del funcionario público* en ASÚA BATARRITA (Ed.): «Delitos contra la Administración Pública», PVAP, Bilbao, 1997.