

SEGUNDO ACCESIT

LA OMISIÓN IMPROPIA EN LOS DELITOS
DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

THE IMPROPER OMISSION IN CRIMES OF ADMINISTRATIVE
PREVARICATION

EUGENIO ARRIBAS LÓPEZ

Resumen: Teniendo en cuenta la descripción típica de la prevaricación contenida en el Código Penal, en tanto el verbo “dictar” una resolución hace referencia a un comportamiento activo, es explicable que, a nivel doctrinal, la admisión de una prevaricación omisiva haya sido un tema controvertido. En este trabajo, además de admitir tal modalidad delictiva, se intenta enfrentar y dar solución a los problemas que puede plantear la admisión de la forma omisiva pero condicionada a la concurrencia de una resolución administrativa presunta, emergida al tráfico jurídico de acuerdo con las reglas del silencio administrativo. Este condicionamiento se vislumbra en algunas Sentencias del Tribunal Supremo y, de alguna forma, en ciertas opiniones doctrinales a las que tendremos ocasión de referirnos.

Abstract: Considering the typical description of transgression contained in the Penal Code in which the verb “to dictate” a resolution refers to an active behavior, it is understandable that, at the doctrinal level, the acceptance of a omissive prevarication has been a controversial issue. In this article, in addition to accepting such criminal activity, we will try to confront and solve the problems arising from the admission of omissive prevarication, but conditioned to concurrence with an alleged administrative decision, appearing in legal matters according to the rules of administrative silence. This conditioning is seen in some Supreme Court judgments and, in some way, in some doctrinal opinions to which we shall refer.

Palabras clave: Prevaricación, omisión impropia, resultado prevaricador, resolución administrativa presunta, silencio administrativo.

Keywords: Prevarication, improper omission, prevaricating result, alleged administrative decision, administrative silence.

Sumario: 1. Introducción. 2. Dos palabras sobre la comisión por omisión. 3. El resultado en el delito de prevaricación. 4. La posición de garante de las autoridades y funcionarios públicos. 5. Prevaricación omisiva y silencio administrativo. 5.1 Cambios en la doctrina jurisprudencial y actos administrativos presuntos. 5.2 Obligación administrativa de resolver y falta de resolución. 5.2.1 Falta de resolución en procedimientos iniciados a instancia de parte. 5.2.2 Falta de resolución en procedimientos iniciados de oficio. 5.3 Resolución presunta en sentido estricto, ¿*conditio sine qua non* para admitir la omisión impropia? 6. Breve análisis jurisprudencial. 7. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en un asunto administrativo es prevaricar y semejante conducta constituye una infracción penal.¹ El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1.º) El servicio prioritario a los intereses generales. 2.º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. 3.º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 Constitución Española de 1978; en adelante, CE/78).^{2, 3}

¹ El Diccionario de la RAE, en la entrada *prevaricación*, brinda algo próximo a la descripción típica de esa infracción penal: “Delito consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta una autoridad, un juez o un funcionario”. Desde una perspectiva etimológica, prevaricación procede del latín “*praevaricatio*”, que, a su vez, deriva de “*prae*” y “*varus*” (piernas torcidas o huesos de las piernas torcidos); así, desde aquella perspectiva, “prevaricar equivaldría a andar de forma torcida o desviarse del camino recto” (vid., PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “Prevaricación (delitos de)”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 1, septiembre 2011-febrero 2012, pág. 162).

² Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 22-04-2004. Dice ORTS BERENGUER, con referencia a las SSTSS de 21 y de 25-02-1994, que es el normal funcionamiento de la Administración Pública, sujeta al sistema de valores instaurados en la CE/78, en permanente actitud de servicio a la comunidad, el bien jurídico a proteger tipificando penalmente la prevaricación (ORTS BERENGUER, E., “Artículo 404”, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol., II. Vives Antón, T.S, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1777).

³ Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetan-

Teniendo en cuenta la descripción típica de la prevaricación contenida en el art. 404 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP),^{4 5} en tanto el verbo “dictar” una resolución hace referencia a un comportamiento activo, es explicable que, a nivel doctrinal, la admisión de una prevaricación omisiva haya sido un tema controvertido.⁶

De acuerdo en términos generales con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS), nos situamos al lado de las orientaciones doctrinales que admiten la omisión impropia en la prevaricación, y vamos a dedicar este trabajo, como reza su título, a realizar un estudio de la categoría dogmática conocida como comisión por omisión aplicada al delito de prevaricación administrativa, intentando, además, enfrentar y dar solución a los problemas que puede plantear la admisión de la forma omisiva pero condicionada a la concurrencia de una resolución administrativa presunta, emergida al tráfico jurídico de acuerdo con las reglas del silencio administrativo. Este condicionamiento se vislumbra en algunas SSTTSS y, de alguna forma, en ciertas opiniones doctrinales a las que tendremos ocasión de referirnos.

Actualmente, considerando que, enmarcado en el fenómeno de la corrupción, el delito de prevaricación administrativa puede ser una vía instrumental adecuada para alcanzar un aprovechamiento espurio de recursos públicos, es importante perfilar dogmáticamente al máxi-

do coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (STS de 23-10-2013, con cita de las SSTTSS de 31-05-2002, 12-12-2001 y 21-12-1999).

⁴ El art. 404 CP dice:

“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.”

⁵ Conviene indicar que el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del CP (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 4 de octubre de 2013) no afecta al contenido de su art. 404.

⁶ En sentido positivo, a favor de su admisión, por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO, (OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980), y en contra GONZÁLEZ CUSSAC (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997). Más recientemente, a favor de su admisión MUÑOZ CONDE (MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 904); en contra, con ciertos matices, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (MORALES PRATS F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8.ª ed., QUINTERO OLIVARES, G., Dtor., MORALES PRATS, F., Coord., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, págs. 1604 y ss.), y también en contra pero con contundencia y sin admitir matices GARCÍA PAZ y JIMÉNEZ VACAS (GARCÍA PAZ, D. y JIMÉNEZ VACAS, J.J., “Sobre el delito de prevaricación en el Código Penal español”, *Diario La Ley*, n.º 8279, 26 de marzo de 2014, pág. 4.)

mo aquella infracción penal, y hacerlo también con respecto a su modalidad omisiva.⁷

Iniciaremos el estudio dando unas breves pinceladas sobre la omisión impropia como categoría dogmática, con la idea de refrescar algunas cuestiones de interés para la finalidad de este trabajo y situarnos en el terreno de juego. Después nos detendremos para exponer nuestra opinión sobre lo que debe considerarse como resultado del delito de prevaricación y continuar con el análisis de la posición de garante de las autoridades y funcionarios públicos. Más tarde, por su innegable relevancia y habida cuenta de los cambios producidos en la jurisprudencia del TS, dedicaremos otro apartado a estudiar las mutuas relaciones entre la prevaricación omisiva y el instituto del silencio administrativo. Acometeremos posteriormente un breve recorrido jurisprudencial para examinar y comentar algunas STS que admiten la modalidad omisiva en el delito de prevaricación, terminando, en un último apartado, con la exposición de las conclusiones.

Para finalizar esta Introducción diremos que este trabajo se ha elaborado con una metodología jurídica clásica, es decir, desde una perspectiva normativa, doctrinal, práctica y jurisprudencial,⁸ exponiendo nuestras opiniones y puntos de vista cuando lo hemos considerado necesario.

2. DOS PALABRAS SOBRE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

A la hora de realizar una taxonomía de las infracciones penales, una de las diferenciaciones clásicas es la que distingue *delitos de actividad* y *delitos de resultado*. En los primeros, basta con que el sujeto activo realice, haga, la conducta tipificada penalmente, sin que a ese actuar deba seguirle la producción de un efecto o consecuencia posterior perceptible. En cambio, en los delitos de resultado, de la con-

⁷ Aunque con razón se ha dicho que el delito por excelencia relacionado con la corrupción es el cohecho (DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, *Diario La Ley*, n.º 8154, 20 de septiembre de 2013, pág. 7 y su referencia), no hace falta que nos extendamos demasiado en decir que, en las Administraciones Públicas, las conductas que encajan en el perímetro típico de la prevaricación constituyen, junto a la malversación de caudales públicos, también una vía instrumental adecuada para alcanzar aquél aprovechamiento espurio de los recursos públicos.

⁸ En este estudio recurrimos bastante a los ejemplos y casos prácticos, y lo hacemos con la idea de exponer problemas reales que deben enfrentar los operadores jurídicos, intentando no transitar sólo por el “cielo de los conceptos” al que se refirió Rudolf Von Ihering.

ducta del sujeto activo debe derivar un efecto, una consecuencia, un resultado.⁹

Por otra parte, el proceder o actuar humano con relevancia jurídico-penal (la acción¹⁰) debe contemplarse desde una doble perspectiva, *activa y pasiva, positiva y negativa*. La perspectiva activa o positiva significa hacer algo, actuar, ejecutar una acción. La perspectiva pasiva o negativa implica no hacer algo debido, no actuar, omitir una acción que debía ejecutarse. Así, nos encontramos con infracciones penales activas y pasivas, de acción y de omisión.

La conjugación, por un lado, del distingo delitos de actividad y de resultado y, por otro, de la duplicidad del actuar humano penalmente relevante que se concreta en comportamientos activos y omisivos, nos ofrece una posible combinación: *la causación de un resultado por una conducta omisiva, por una inhibición*, dándonos de bruces entonces con la comisión por omisión. Como más o menos lo normal, *lo propio*, es que un resultado se alcance a través de un comportamiento activo y que un comportamiento pasivo quede reducido a eso, a la mera inactividad, para los delitos de resultado en los que este se produce por un no hacer, se habla también en la dogmática de *omisión impropia* como equivalente a la comisión por omisión. El punto nuclear en este tipo de delitos es la determinación de *si el no actuar se puede equiparar al hacerlo de cara a la producción de un determinado resultado*.

El CP vigente fue novedoso en la inclusión, dentro de su contenido, de una cláusula general que superase la dificultad puesta de manifiesto por un sector de la doctrina al observar problemas de legalidad en los casos en que la omisión no estaba específicamente tipificada como forma de causación del resultado en la correspondiente figura delictiva. Esa cláusula está contenida en el art. 11 CP que dice lo siguiente:

⁹ Ejemplo de los primeros sería el delito de falso testimonio, contemplado en el art. 458.1 CP en tanto el tipo sólo exige la realización de una mera actividad: que el testigo en su testimonio falte a la verdad en causa judicial. Muestra de los segundos sería el delito de obstrucción a la justicia del art. 463.1 CP en cuanto la falta voluntaria de comparecencia, sin justa causa, ante un juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, debe dar lugar a un resultado, provocarlo: la suspensión del juicio oral.

¹⁰ Naturalmente, cuando nos referimos a la acción como uno de los elementos en que se descompone analíticamente el delito (junto a la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad), en ella están comprendidas, en tanto de comportamientos humanos se trata, la acción en sentido estricto (el actuar) y la omisión (el no hacerlo cuando se debía).

“Los delitos o faltas 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. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

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

En la jurisprudencia del TS encontramos un buen esquema estructural del tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión.¹¹ El tipo se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia y por otros tres que son privativos de la omisión impropia:

A. Los elementos comunes con la omisión propia son: 1.º) Una situación típica. 2.º) Ausencia de una acción determinada que le era exigida al sujeto activo. 3.º) La capacidad de realizarla.

B. Los elementos diferenciales de la comisión por omisión, necesarios para que pueda procederse a imputar objetivamente el resultado producido, son: 1.º) La posición de garante. 2.º) La producción del resultado. 3.º) La posibilidad de evitarlo.

De todos los elementos indicados, conviene que nos fijemos en la posición de garante que debe ostentar el sujeto activo. Es decir, para poder ser considerado como sujeto activo de un delito de resultado por omisión, es imprescindible que tuviese el deber de impedirlo, la obligación de garantizar que el resultado no se produciría, desplegando la actividad que hubiese sido necesaria para evitarlo y no, por el contrario, absteniéndose de hacerlo. En la doctrina y la jurisprudencia es un lugar común señalar que la posición de garante puede tener su origen en tres fuentes: primero, la ley; segundo, un acto por el que se asuma el deber de actuar; y, finalmente, tercero, la producción anterior de una situación de peligro, esto es, la llamada injerencia.¹²

No todas las infracciones penales admiten la autoría en clave de comisión por omisión.¹³ En algunas, el encaje de la omisión impropia

¹¹ Vid., entre otras, SSTSS de 18-10-2006 y de 22-01-1999.

¹² En el asunto de la omisión impropia como forma de acción en el comportamiento prevaricador, consideramos que la posición de garante del sujeto activo tiene su origen básicamente en la ley, entendida en sentido amplio, no sólo como ley en sentido formal, ya que tanto los deberes de los funcionarios públicos como el ámbito de sus competencias *están normativamente previstos*.

¹³ Tradicional ejemplo sería el acceso carnal como forma de agresión sexual del art. 179 CP, ya que mal puede imaginarse una autoría por omisión en esta figura delictiva.

puede ser más discutible, tal y como lo demuestran las opiniones contrarias a que sea admitida en el delito de prevaricación.¹⁴ El presente estudio, con apoyo en la jurisprudencia del TS, está dedicado a defender ese encaje, determinar cómo debe realizarse y ofrecer solución a algunas dificultades que pueden plantearse.

3. EL RESULTADO EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN

Acabamos de indicar que dentro de los elementos diferenciales de la comisión por omisión encontramos la producción del resultado. Bien, pues, ¿cuál es el resultado en el delito de prevaricación? Con la simple lectura del art. 404 CP puede contestarse que el resultado sería la resolución arbitraria que la autoridad o funcionario público, a sabiendas de su injusticia, dicta en un asunto administrativo. Siendo cierta, evidentemente, la anterior afirmación, no lo es menos que lo normal es que a esa resolución arbitraria le sigan unos efectos o consecuencias injustas, de alguna forma perceptibles y que, al lado de la simple resolución y para nosotros, *también deben contemplarse como resultado del delito de prevaricación*.

Pero, cabría ahora preguntarnos, ¿qué es lo que sucede si la resolución arbitraria se ha dictado pero, por el motivo que sea, no ha desplegado ningún efecto?; es decir, no ha conllevado ninguna consecuencia práctica. ¿Cabría entonces decir que la falta de efectos subsiguientes impide la consideración como resultado de la mera resolución y que, por lo tanto, el delito no se habría consumado? La respuesta es, naturalmente, negativa. No sería defendible tal afirmación, ya que con el mero dictado de la resolución arbitraria se produce el acoplamiento del actuar administrativo injusto en el tipo que contiene el artículo 404 CP,¹⁵ si bien, desde la perspectiva de la consecuencia penológica y a efectos de graduación de la pena a imponer, debe valorarse si el resultado delictivo se agota con el mero dictado

¹⁴ *Vid.*, nota al pie número 6.

¹⁵ Al respecto, dice el TS: “Como tal delito de infracción de un deber, este [el delito de prevaricación] queda consumado en la doble modalidad de acción y omisión con el claro apartamiento de la actuación del parámetro de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y por tanto arbitraria [...]” (STS de 17-07-2002). Como acabamos de decir, con la mera acción (u omisión) prevaricadora el bien jurídico protegido por el delito (el normal funcionamiento de la Administración Pública, sujeta al sistema de valores instaurados en la CE/78) ya ha sido lesionado, otra cosa es, para nosotros, el efecto o consecuencia de la resolución arbitraria.

de la resolución o esta, además, ha tenido efectos o consecuencias perceptibles posteriores.¹⁶

Ahora bien, si postulamos que sus consecuencias y efectos posteriores, junto a la resolución (o su falta) que los provoca (o no impide) deben contemplarse como el resultado del delito de prevaricación, no lo es únicamente para disponer de un módulo valorativo de la pena a imponer, sino también, y más importante a efectos de este trabajo, *porque consideramos que es el único camino para, desde una perspectiva dogmática, equiparar la acción a la omisión en el enjuiciamiento de un actuar administrativo prevaricador*. Si lo que se pretende es igualar una acción a una omisión, lo primero en lo que deberemos fijarnos es en la consecuencia de la inhibición, en sus efectos, porque sólo evaluando estos estaremos en condiciones de determinar si una actuación administrativa hubiese podido impedirlos; precisamente ahí radica la esencia de la comisión por omisión: en saber si el despliegue de una determinada actividad, que el sujeto activo debería haber asumido en base a su posición de garante, hubiera podido impedir un determinado resultado.¹⁷

¹⁶ Un ejemplo. Pongámonos en que el Tribunal calificador de unas pruebas selectivas para ingreso en un Cuerpo funcional resuelve, a sabiendas y por motivos inconfesables, declarar aprobado a un candidato que no ha superado la última prueba del proceso de selección y, a la vez, como sólo hay una plaza, declarar suspenso a otro candidato que sí había aprobado aquélla. La resolución, a todas luces arbitraria, del órgano de selección existe y se ha dictado a sabiendas de su injusticia. Pero hete aquí que el opositor perjudicado presenta, frente a esa resolución, un recurso de alzada ante la autoridad convocante de las pruebas selectivas, recurso que es inmediatamente estimado, con lo cual el acuerdo prevaricador no ha causado ningún efecto, no ha tenido ninguna consecuencia. El actuar delictivo del Tribunal calificador queda fuera de toda duda, por supuesto, pero, aún con todos los perjuicios que causa a la Administración Pública una actuación prevaricadora por el simple hecho de serlo, a efectos de graduación de la pena no podemos estar hablando de lo mismo si esa actuación tiene consecuencias posteriores o no las tiene. En nuestro ejemplo, no puede ser equivalente que el candidato injustamente aprobado acabe con un título de funcionario de carrera debajo del brazo que no acabe porque la Administración reaccione a tiempo.

¹⁷ Imaginemos que, a las reiteradas y fundadas peticiones de unos vecinos de que se arreglase una marquesina, propiedad del Ayuntamiento, dado su mal estado y posibilidad de caída, el responsable municipal correspondiente y competente, a sabiendas, hace reiterado caso omiso. Pasado el tiempo, la marquesina se desploma causando importantes daños en vehículos que estaban aparcados debajo y lesiones a las personas que por allí pasaban en aquéllos momentos. Haciendo abstracción de la problemática concursal que se aprecia al poderse vislumbrar varias infracciones penales, para nosotros está claro que, entre ellas, hay un delito de prevaricación en modalidad de comisión por omisión. Ahora bien, con respecto a aquélla infracción, ¿dónde debemos dirigir primero el foco de nuestra atención, a la posible resolución omisiva arbitraria del responsable municipal o a la consecuencia de su inhibición? Pensamos que, primero, a la consecuencia o efecto, para indagar después si una re-

Insistimos en que no es que estemos defendiendo que el resultado en el delito de prevaricación sea la acumulación, la suma, de una resolución arbitraria y de sus efectos y consecuencias, de tal forma que si faltan estas el delito no se habría perfeccionado. No es eso; lo que más bien queremos decir es que, en el caso de comportamientos activos, de acción en sentido estricto, la resolución arbitraria es en lo que primero debemos fijarnos, mientras que en los pasivos, de omisión, la atención debemos dirigirla primero a las consecuencias o efectos de la conducta administrativa inhibitoria y, a partir de la valoración de aquéllos, indagar si el dictado de una resolución adecuada los hubiese podido impedir, pues, realmente, en la falta de resolución estaría la esencia de la conducta prevaricadora. Un poco más adelante completaremos todo este cuadro haciendo referencia al instituto del silencio administrativo y a los efectos jurídicos ligados a la falta de resoluciones.

Vamos a recurrir a otro ejemplo –inspirado en el supuesto de hecho subyacente a una de las resoluciones judiciales que más tarde vamos a comentar–, que nos ayude a patentizar todo lo dicho, y pensemos en una suspensión provisional de funciones en el ámbito del procedimiento disciplinario de los funcionarios públicos. Esta figura está normativamente prevista,¹⁸ como medida cautelar que asegure la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, si bien su duración no podrá exceder de seis meses, salvo en casos de paralización de la tramitación del procedimiento imputable al interesado (párr. 2.º, art. 98.3 EBEP). Bien, pues imaginemos que, en el marco de un procedimiento disciplinario, se acuerda la suspensión provisional de funciones del empleado público expedientado mediante la resolución correspondiente. Sigamos con el ejercicio imaginativo y pongámonos en que han transcurrido los seis meses impuestos por la norma como máximo de duración de la situación de suspensión provisional de funciones, pero que el órgano administrativo que acordó la suspensión *no acuerda su levantamiento, a sabiendas de lo injusto de ese proceder*. Salvando otras derivaciones que podría tener la situación y fijándonos sólo en los datos que hemos aportado, ¿estaríamos o no ante un comportamiento prevaricador? No nos cabe duda. Es un imperativo legal

solución positiva, es decir, el despliegue de la conducta debida como garante (en este caso, el acuerdo de realización de las correspondientes obras de reparación de la marquesina) hubiera evitado el efecto o consecuencia (los daños y las lesiones).

¹⁸ *Vid.*, básicamente, al respecto arts. 90 y 98.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), art. 33 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero (en adelante, RRD) y arts. 20 y 21 del Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo.

que la suspensión no puede durar más de seis meses, salvo en casos de paralización del procedimiento imputable al interesado –que, por definición, no concurre en nuestro supuesto– y el órgano administrativo competente, con su proceder inhibitorio, al no dictar una resolución levantando la suspensión provisional de funciones, está causando un efecto, una consecuencia injusta, que no es otra que un empleado público se ve privado del desempeño de su puesto de trabajo y del percibo de sus retribuciones, con las derivaciones profesionales y personales de toda índole que ello lleva aparejado. ¿Aquella consecuencia ha sido fruto de una resolución? No, por cierto; lo ha sido de un comportamiento omisivo, *de no haber dictado una resolución que podría haber puesto fin a una suspensión de funciones injusta*.

Más allá del ejemplo propuesto, si en el delito de prevaricación omisiva consideramos el resultado de la forma indicada, *observando primero la consecuencia o efecto y luego la resolución administrativa que hubiera podido evitarlo, como un todo que integra el resultado delictivo*, no debemos tener ninguna dificultad para aplicar la cláusula general que contiene el art. 11 del CP.¹⁹ En efecto, lo que habrá es que dilucidar si la no evitación del resultado equivale a su causación y no otra cosa. En nuestro ejemplo, la situación de que un funcionario no pueda desempeñar su puesto de trabajo y percibir las correspondientes retribuciones por falta de una resolución que ponga fin a una suspensión de funciones injusta (resultado) es homologable a una suspensión acordada positivamente de plano, con falta de sus presupuestos básicos; por ejemplo, que se hubiese resuelto la suspensión de funciones sin que exista ningún procedimiento disciplinario incoado.

Pero para que pueda imputársele el resultado, en el sujeto activo debe residenciarse un especial deber jurídico de actuar para evitarlo, una obligación de impedir que el resultado se produzca y de ese deber jurídico es de lo que vamos a tratar en el siguiente apartado.

4. LA POSICIÓN DE GARANTE DE LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS

En el caso de las autoridades y funcionarios públicos, su colocación como garante deriva de la ley, pero, antes de profundizar un poco en esa afirmación, comentaremos muy brevemente la cualidad del sujeto activo en el delito de prevaricación.

¹⁹ Precisamente de lo que se trata con la posibilidad de castigar la comisión por omisión en los delitos de resultado es hacer abstracción de que en la descripción típica se aluda de forma expresa sólo a la acción y no a la omisión.

La prevaricación del art. 404 CP es un *delito especial propio*, es decir, el sujeto activo debe ser necesariamente una autoridad o funcionario público y debemos recordar que, a efectos penales (art. 24.1 CP), “se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia.” y que, en todo caso, “tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo”, reputándose “también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”. Por otra parte, asimismo a efectos penales, 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.” (art. 24.2 CP).

Al lado del requisito de la condición funcional o de la consideración de autoridad, se requiere, para poder ser sujeto activo del delito de prevaricación, la “capacidad” del agente para dictar resoluciones administrativas,²⁰ lo cual no implica, naturalmente, *que se deba ser administrativamente competente* para dictar la resolución arbitraria porque, precisamente, en la falta de competencia administrativa para hacerlo puede radicar la esencia de la actuación prevaricadora.²¹

La posición de garante de las autoridades y funcionarios públicos deriva básicamente de la ley, entendida en sentido amplio.²² Con esa afirmación no estamos diciendo que en algún rebuscado supuesto no se pudiera localizar el origen de esa obligación de garantía en alguna otra fuente,²³ pero se trataría de casos, como decimos, excesivamente rebuscados.

²⁰ STS de 08-06-2006.

²¹ SSTSS de 15 de febrero y 17 de marzo de 1995.

²² Cuando, con algunas matizaciones (referidas a los supuestos en los que media petición del interesado o la Administración actúa de oficio sobre cuestiones que afectan a los ciudadanos), MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA niegan la posibilidad de admitir la comisión por omisión en la prevaricación administrativa, lo hacen señalando que no parece que puedan proyectarse sobre el mismo los requisitos legales que contempla el art. 11 CP; en particular, consideran cuestionable que “pueda establecerse la existencia de un especial deber jurídico de actuar, configurado legalmente, cuya infracción permitiría articular la construcción omisiva impropia” (MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *op. cit.*, pág. 1605). No estamos de acuerdo con ese punto de vista por lo que vamos a exponer a continuación.

²³ Podemos poner un ejemplo de otra fuente de generación del deber de garante en el ámbito disciplinario de la función pública echando mano del caso que antes hemos puesto de una suspensión provisional de funciones. En efecto, en un alambicado razonamiento, podría concluirse que el órgano administrativo que ha acordado la suspensión ha colocado al funcionario expedientado en una posición que podría derivar en una situación de peligro si transcurren seis meses desde la suspensión y

La prevaricación es un delito contra la Administración Pública perpetrado por autoridades o funcionarios que, de una forma u otra, la sirven, trabajan para ella. Porque voluntariamente la sirven y trabajan para ella, porque, por así decirlo, son sus agentes, sus “instrumentos” –siempre, claro está, que se acepte esa gráfica expresión– se comprometen o se deben comprometer; al asumir cargos y puestos de trabajo, a contribuir, desde el propio de cada uno, a que la Administración Pública cumpla su misión, que no es otra que servir a los intereses generales. Y servir a los intereses generales, además de otras muchas cosas, significa hacerse responsable, en el ámbito de las funciones y competencias propias, de que resoluciones arbitrarias y las situaciones injustas que son su consecuencia no se producirán.

Por lo tanto, el origen de la posición de garante de las autoridades y funcionarios públicos deriva, en primera instancia, ni más ni menos, que de la propia CE/78. En efecto, podemos considerar que nuestra Norma fundamental, cuando en su art. 103.1 proclama que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, hace recaer ya en las autoridades y funcionarios que la componen, en cualquier nivel y situación, cada uno en el marco de las competencias y funciones que han asumido, la obligación de que su actuación quede enderezada al servicio del interés general y servir al interés general, insistimos, también es garantizar, dentro de los cometidos propios de cada cual, que resoluciones arbitrarias y situaciones injustas no se producirán o mantendrán, que sería justamente lo contrario de actuar con sometimiento pleno a la ley y el Derecho.

Además, debemos recordar que el art. 9 CE, por un lado, en su apartado 1, proclama que los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento y jurídico y, por otro, en su apartado 3, garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (último inciso, art. 9.3 CE/78) y esa garantía de prohibición de actuaciones arbitrarias recae, en primer lugar, en las autoridades y funcionarios que, de una forma u otra y

esta no se levanta. En este caso, el órgano administrativo que acordó la suspensión –que competencialmente es el mismo que debe resolver su levantamiento– asume la obligación de garantizar que el resultado –una suspensión de funciones injusta– no se producirá. En tal caso, podría defenderse que la posición de garante tiene su origen, además de en la ley, en la situación de peligro previamente creado; estaríamos, así, en el supuesto de la injerencia.

desde una u otra perspectiva, forman parte, están integrados en aquellos poderes.²⁴

Con referencia, precisamente, a los arts. 9.1 y 103 CE/78, a la posición de garante de las autoridades y funcionarios se refiere el TS cuando dice que el delito de prevaricación se integra por la infracción del deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico, del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, por ello su actuación al margen y contra la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal (STS de 17-07-2002).

En segundo lugar, la posición de garante de autoridades y funcionarios públicos deriva, en general, de un conjunto de normas aproximadamente tan heterogéneo como lo son los colectivos de posibles sujetos activos del delito de prevaricación. Se trata de la normativa que, en general, regula diferentes aspectos de la actuación –y, en particular, del contenido competencial y funcional– de los funcionarios de las distintas Administraciones Públicas, de las personas constituidas en autoridad y de las que, de una u otra forma, participan en el desempeño de funciones públicas. No porque resulte ciertamente inabarcable para un trabajo de estas características el estudio de todo ese universo normativo, dejaremos de decir que en determinadas situaciones es importante concretar de dónde deriva la posición de garante. De este modo, en la STS de 05-01-2001 se reconoce la posibilidad de castigar el delito de prevaricación en la modalidad de comisión omisiva cuando el funcionario debía dictar una resolución necesaria para permitir a un particular el ejercicio de un derecho o para dejar sin efecto una restricción cuyos presupuestos han desaparecido; pero, no obstante, acaba admitiendo el recurso interpuesto por el acusado *porque no se citan las fuentes del deber de garantía*, cuando el art. 11 CP requiere que ese deber provenga de una obligación legal o contractual específica, siendo evidente que debe tratarse de un deber jurídico específico y determinado, que no se identifica, por lo tanto, con el cumplimiento general de las leyes ni con imperativos de naturaleza moral.²⁵

²⁴ Al hilo de lo dicho y a tenor de lo previsto en el art. 62.1 EBEP, junto a la superación del correspondiente proceso selectivo, el nombramiento por el órgano o la autoridad competente y la toma de posesión dentro de plazo, es un requisito para la adquisición de la condición de funcionario de carrera el “Acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento jurídico.”

²⁵ En el caso resuelto, los hechos se referían a la omisión imputada a un Alcalde consistente en no haber proporcionado los medios personales necesarios para el disfrute de una prestación de asistencia domiciliaria, a pesar de tener constancia de su reconocimiento por la Dirección Provincial del INSERSO.

Por otro lado, en ciertos supuestos tampoco resulta suficiente para el TS tomar en consideración una general y abstracta omisión en el cumplimiento de un deber de carácter genérico, como, por ejemplo, del deber de inspeccionar el funcionamiento de la contratación en un Ayuntamiento, en tanto que el mero incumplimiento de deber puramente omisivo, diferenciado de cualquier resolución expresa o presunta, no resulta tipificado.²⁶

5. PREVARICACIÓN OMISIVA Y SILENCIO ADMINISTRATIVO

Estudiaremos en este apartado los cambios producidos en la doctrina del TS y las normas reguladoras del silencio administrativo, para responder después a la pregunta de si la existencia de un acto presunto, en el sentido técnico-administrativo del sintagma, es una *conditio sine qua non* para admitir la omisión impropia.²⁷

5.1 Cambios en la doctrina jurisprudencial y actos administrativos presuntos

En la STS de 02-07-1997 se reconoce que la posibilidad de admitir la prevaricación por omisión fue polémica en sede casacional hasta el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 30 de junio de 1997.²⁸ El Pleno se

²⁶ STS de 25-09-2012.

²⁷ MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, examinando la posible inclusión en el delito de prevaricación de las “resoluciones” obtenidas a través de la técnica del silencio administrativo, niegan que estas hipótesis integren supuestos de comisión por omisión porque “en tales casos estamos en presencia de verdaderas resoluciones administrativas, que la ley entiende dictadas transcurrido un plazo sin que medie resolución expresa de la Administración”, y, por lo tanto, “el propio contenido normativo de los términos empleados en la descripción típica (dictar resoluciones), permite aprehender los referidos actos administrativos obtenidos a través del silencio” (MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *op. cit.*, págs. 1605-1606). MUÑOZ CONDE sí vincula el silencio administrativo a la comisión por omisión (MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.* pág. 904). Por nuestra parte, obviamente, no negamos que los actos presuntos sean resoluciones administrativas, pero en lo que no podemos estar de acuerdo es que, por su propia configuración –se parte del hecho de que la Administración *no ha actuado*–, sean producto de una acción en sentido estricto (hacer algo, actuar, ejecutar una actividad) y, por lo tanto, su posible incriminación pasa necesariamente por valorar el proceder o actuar humano con relevancia penal desde la perspectiva del no actuar, del omitir una acción que debía ejecutarse. Por otra parte, dado que que el TS considera la figura del silencio como una “ficción legal” (STS de 14-10-2013), si no se recurre a la construcción omisiva impropia se estaría homologando una acción *en sentido estricto* a una *ficción*, lo cual no parece muy adecuado.

²⁸ Así, en la STS 02-07-1997 se recoge que dos posiciones bien distintas se habían mantenido acerca de la comisión por omisión en el delito de prevaricación. Como

decantó a favor de la admisibilidad de la comisión por omisión, especialmente tras la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), 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. A esta postura a favor de considerar la comisión por omisión en los delitos de prevaricación en supuestos excepcionales –con cita de las SSTTS de 17-07-2012, 16-04-2002, 18-03-2000, 09-06-1998 y 02-07-1997, todas posteriores al Pleno– se refiere la STS de 23-10-2013, concretamente a aquéllos casos especiales en que es imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que la LRJ-PAC “equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas”.^{29, 30}

contrarias a esa posibilidad, se cita la STS de 26-04-1994, en la que se declara que “no adoptó [el imputado] entonces nueva resolución, limitándose a un comportamiento pasivo, que ya no encaja en la forma penal descrita en el artículo 358 del Código Penal [se refiere, naturalmente, al Texto de 1973]...”. La misma posición se sigue en la STS de 25 de abril de 1988 en la que se expresa que “el delito de que se trata [art. 358 Código Penal de 1973; en adelante, CP/73] sólo puede cometerse mediante una actuación positiva, no siendo posible la comisión por omisión”, ya que la propia literalidad del precepto (funcionario público que `a sabiendas, dictase resolución injusta`) así lo impone. Por el contrario, como favorables a admitir la omisión impropia, se mencionan otras resoluciones de la Sala Segunda, citándose como exponentes de esta segunda línea, la STS de 28-10-1993, –en la que aprecia el delito de prevaricación en la conducta de un Alcalde que no convoca al Pleno del Ayuntamiento para debatir la moción de censura solicitada por un número suficiente de Concejales–, la STS de 29-10-1994, –en la que se imputa a un Concejel el mantenimiento de una suspensión de funciones a un funcionario expedientado, considerando equivalente la omisión de la que fue responsable a la acción, especificando que el tipo del art. 358 CP/73 no requería una especie determinada de comportamientos activos que condicionasen la realización del mismo–, y la STS de 27-12-1995, en la que se puede leerse: “Si bien es cierto que esta Sala ha sostenido en reiterados precedentes que, en principio, no cabe la comisión por omisión en el 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 [...]”, citando el Alto Tribunal expresamente los arts. 42 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

²⁹ STS de 23-10-2013.

³⁰ La admisión de la conducta omisiva en el delito de prevaricación debemos vincularlo con el concepto amplio de resolución administrativa que maneja la Jurisprudencia del TS: “El concepto de resolución administrativa no está sujeto a un rígido esquema formal, admitiendo la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. La jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a

Revisando la evolución de la postura del propio Tribunal, en la STS de 25-09-2012, se precisa que en la sanción a título de comisión por omisión, no puede prescindirse del presupuesto de equivalencia exigido en el art. 11 CP; precisamente “porque tal equiparación se tiene por concurrente *conforme a la ley administrativa citada* [LRJ-PAC] entre actos presuntos y expresos, se admitieron en tales hipótesis las modalidades de comisión por omisión del delito del artículo 404 del Código Penal [la cursiva es nuestra]”.

Lo acabado de indicar con respecto a la producción de actos administrativos por la inactividad de la Administración nos obliga a exponer, siquiera de manera telegráfica, la regulación actual del silencio administrativo, como instituto que hace emerger una resolución administrativa presunta.

5.2 Obligación administrativa de resolver y falta de resolución

El art. 42 LRJ-PAC establece claramente que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. Sentada la obligación de dictar una resolución expresa y notificarla dentro de un determinado plazo, podemos preguntarnos ahora qué es lo que sucede cuando, transcurrido ese plazo predeterminado, la Administración no ha resuelto. Para responder, debemos distinguir si los procedimientos se han iniciado de oficio o, si por el contrario, han comenzado a instancia de parte.

5.2.1 Falta de resolución en procedimientos iniciados a instancia de parte

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (art. 43 LRJ-PAC), el transcurso del plazo establecido legitima al interesado para entender la solicitud estimada o desestimada por silencio administrativo.³¹ ¿Cuándo el silencio administrativo es positivo y, por con-

la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno” (STS de 23-10-2013, con referencia a las SSTSS de 01-12-2008, 01-07-2008, 08-06-2006 y 27-06-2003, entre otras).

³¹ Sin embargo, el que la petición pueda considerarse estimada o desestimada no implica que decaiga la obligación administrativa de resolver (art. 42 LRJ-PAC). Esa obligación persiste, sí, pero sujeta a un determinado régimen, ya que si el silencio administrativo ha sido positivo, la resolución expresa sólo podrá dictarse de ser confirmatoria de la estimación pero, si por el contrario, el silencio ha sido negativo, la

siguiente, el interesado puede entender estimada su solicitud y cuándo es negativo y, entonces, debe considerarla desestimada? Para contestar, podemos hacer referencia a una regla general y a una serie de excepciones.

La *regla general*, según previene el art. 43.1 LRJ-PAC, es que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes por silencio administrativo, salvo en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario. Las *excepciones* a esta regla general vienen determinadas por tres supuestos: *primero*, los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición a que se refiere el art. 29 CE/78; *segundo*, los procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público; y, finalmente, *tercero*, los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones.³²

Por lo tanto, salvo las excepciones indicadas, o una norma con rango de Ley o de Derecho comunitario establece lo contrario o, en los procedimientos iniciados a instancia del interesado, el silencio administrativo es positivo y, por lo tanto, se produce la estimación de la solicitud, que tiene, a todos los efectos, la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, mientras que la desestimación tiene los solos efectos de permitir a los interesados la presentación que los recursos que procedan, administrativos o contencioso-administrativos (art. 43.2 LRJ-PAC).

5.2.2 Falta de resolución en procedimientos iniciados de oficio

La materia está regulada en el art. 44 LRJ-PAC. En los procedimientos administrativos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo fijado para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, tampoco implica que decaiga la obligación administrativa de

resolución podrá dictarse sin necesidad de que se encuentre vinculada al sentido del silencio, es decir, podrá ser estimatoria o desestimatoria (art. 43.3 LRJ-PAC).

³² No obstante esta última excepción, cuando se trate de un recurso de alzada interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa (inciso final, párr. 2.º, art. 43.1 LRJ-PAC). En este caso, aun tratándose de un procedimiento de impugnación, el legislador reacciona contra la inhibición o «pereza» administrativa, manifestada en dos ocasiones, ya que ni se ha dado respuesta a la primera solicitud, ni a la segunda, que se alzaba frente a la desestimación presunta de aquélla.

resolver. Ahora bien, ¿qué efectos tienen el silencio administrativo en estos casos? Para responder, también ahora debe hacerse una diferenciación, aludiendo a dos tipos de procedimientos:

1.º) Procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas. En estos casos, el silencio administrativo es negativo, por lo que se pueden considerar desestimadas las pretensiones de los interesados en el procedimiento.

2.º) Procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen. En estos casos se produce la caducidad del procedimiento, contemplada en el art. 87.1 de la propia LRJ-PAC.

5.3 Resolución presunta en sentido estricto, ¿*conditio sine qua non* para admitir la omisión impropia?

De mantenerse que es admisible una prevaricación omisiva sólo en los casos en que, de conformidad con la legislación administrativa reguladora –general y especial para determinados procedimientos–, se producen actos presuntos,³³ habría que concluir, obviamente, que no cabría contemplar como comportamiento prevaricador aquél actuar administrativo inhibitorio que no diera lugar a la entrada en juego de las reglas del silencio administrativo y, por lo tanto, que no conduce a un acto administrativo presunto *stricto sensu*.³⁴ Pero llegar a esa conclusión acarrea tres importantes problemas, los dos primeros de carácter formal y el tercero material. Veámoslos.

A. El primer problema hace referencia a la propia concurrencia de un procedimiento administrativo. Teniendo en cuenta que la aparición del instituto del silencio administrativo y de sus reglas se produce, a tenor de todo lo que hemos visto un poco más arriba, siempre

³³ Así se desprende de la STS de 25-09-2012 (y de la más antigua STS de 27-12-1995), que hemos citado más arriba, *en tanto sostiene que la equiparación entre resolución expresa y presunta debe venir dada por la legislación administrativa* y, como tal, no podemos entender otra cosa que la LRJ-PAC.

³⁴ A partir de ahora, para evitar repeticiones innecesarias, cuando mencionemos “acto administrativo presunto *stricto sensu*” o “resolución presunta *stricto sensu*”, estaremos haciendo referencia al acto o resolución administrativa, favorable o desfavorable, emergida por silencio administrativo como consecuencia de la aplicación de las normas que sobre el mismo están contenidas, básicamente, en los arts. 43 y 44 LRJ-PAC.

en el marco de un procedimiento administrativo, la determinación de su preexistencia, de su previa incoación, se convierte en algo fundamental.³⁵ ¿Cuándo hay un procedimiento administrativo? Evidentemente, estaremos en presencia de un procedimiento cuanto exista un acuerdo de iniciación del mismo por parte del órgano competente (iniciación de oficio) o una solicitud de persona interesada.³⁶ En estos casos no debe existir dificultad alguna (excepción hecha de lo que comentaremos después con relación al resto de problemas planteados), puesto que el procedimiento de que se trate sigue su propio curso y, eventualmente, las reglas de entrada en escena del silencio administrativo también.³⁷

La dificultad, más bien, la encontramos cuando no puede distinguirse claramente la existencia de un procedimiento individualizado. Volvamos al ejemplo que antes hemos puesto del mantenimiento arbitrario e ilegal de un funcionario en la situación de suspensión provisional de funciones después de transcurridos seis meses. Como tal y en puridad, el procedimiento administrativo incoado y que está en curso no es otro que un procedimiento disciplinario que, además de las generales, tiene sus propias normas reguladoras y, desde luego, entre ellas, no la hay que haga previsión de los efectos de aquél actuar administrativo irregular. Luego, ¿podríamos identificar como una resolución administrativa presunta, derivada de las reglas del silencio administrativo, el que el órgano competente no ponga fin cuando debe a la suspensión de funciones injusta? La respuesta, para nosotros, *es que depende*; realmente depende de si el funcionario expedien-

³⁵ El TS considera que el instituto del silencio debe estar enmarcado en un procedimiento administrativo (STS de 14-10-2013).

³⁶ Vid., al respecto, arts. 68 y ss. LRJ-PAC.

³⁷ Un ejemplo derivado del que hemos puesto antes del Tribunal calificador de unas pruebas selectivas para ingreso en un Cuerpo funcional, que resuelve, a sabiendas y por motivos inconfesables, declarar aprobado a un candidato que no ha superado la última prueba del proceso de selección y, simultáneamente, como sólo hay una plaza, declarar suspenso a otro candidato que sí había aprobado aquélla. Imaginemos ahora que presentado el recurso de alzada contra la resolución del órgano de selección ante la autoridad convocante, esta, conociendo que el silencio administrativo, como regla general, es negativo en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones (párr. 2.º, art. 43.1 LRJ-PAC), decide no resolver, a sabiendas que el acuerdo impugnado es arbitrario y que si no resuelve en el plazo de dos meses la resolución ya será inatacable en vía administrativa. Bien, pues pasado ese plazo nos encontramos con una resolución presunta, producida por la entrada en escena del mecanismo del silencio administrativo y que, difícilmente, no puede reputarse como prevaricadora. Formalmente, ¿se ha dictado una resolución por el órgano que debía resolver el recurso?; evidentemente, no. ¿Estamos en presencia de una resolución administrativa presunta?; también es obvio que sí. ¿Esa resolución virtual ha dado lugar a una situación material injusta derivada de una arbitrariedad?; nuevamente, la respuesta es afirmativa.

tado ha solicitado formalmente, transcurridos los seis meses, el levantamiento de la suspensión o no lo ha hecho. *En el primer caso*, a su solicitud, a su instancia, podríamos localizar la iniciación y existencia de un procedimiento administrativo independiente (de un sub-procedimiento enmarcado en uno mayor –el disciplinario–, de una “pieza separada”, si se nos permite el uso de esa expresión procesal), en el que perfectamente podrían aplicarse las reglas del silencio administrativo. De esta forma, transcurridos los plazos correspondientes, si el órgano competente no da respuesta a la solicitud de levantamiento de la suspensión provisional, emergería una resolución presunta, nacida del instituto del silencio, que, en principio y con las matizaciones que enseguida introduciremos a raíz del planteamiento del tercer problema, quizá podría reputarse como prevaricadora.

En el segundo caso, si el funcionario sujeto a expediente disciplinario, por ignorancia, desconocimiento o mal asesoramiento, no solicita el levantamiento de la suspensión, esto es, no inicia el sub-procedimiento o la “pieza separada”, tenemos como muy complicado el puedan entrar en juego las normas reguladoras del silencio administrativo, tal y como están previstas en la LRJ-PAC y hemos esquematizado un poco más arriba, por la sencilla razón de que no hay otro procedimiento administrativo en curso que el disciplinario que se sigue contra el funcionario.³⁸ Así las cosas, consideramos que sería muy poco acertado hacer depender la calificación de un comportamiento prevaricador de si el interesado, el eventual sujeto pasivo del delito, realiza una actividad previa o no. En estos casos no hay resolución presunta *stricto sensu* porque no se puede identificar un procedimiento administrativo en cuyo seno debería aquella resolución surgir, *pero con lo que si nos encontramos es con un efecto, una consecuencia injusta a la que ha dado lugar una inhibición administrativa arbitraria.*

B. El segundo problema que se presenta si, para admitir la comisión por omisión en el delito de prevaricación administrativa, es necesario que estemos en presencia de una resolución presunta surgida conforme a las reglas de la LRJ-PAC, tiene que ver con los plazos. En efecto, el silencio administrativo produce sus efectos pero lo hace siempre que hayan transcurrido unos determinados plazos.³⁹ Así, si

³⁸ Ante esa inexistencia no es posible aplicar las reglas del silencio administrativo contenidas en la LRJ-PAC porque, en puridad, lo único que tenemos es un procedimiento disciplinario, iniciado siempre de oficio (art. 27 RRD) que, de no concluir en el plazo predeterminado con resolución expresa, deberá entenderse caducado (art. 44 LRJ-PAC).

³⁹ A tenor de lo previsto en el art. 42.2 LRJ-PAC, el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, sin que este plazo pueda exceder de seis meses salvo que una

esos no hubiesen transcurrido, por mucho que la actuación administrativa inhibitoria estuviese dando lugar a una situación arbitraria e injusta, no podríamos hablar de una resolución presunta (arbitraria) *stricto sensu*. Volvamos al supuesto práctico del funcionario al que se mantiene injustamente en una situación de suspensión provisional de funciones que ha pedido su levantamiento y, por lo tanto, conforme acabamos de decir, ha iniciado, con su solicitud, un sub-procedimiento administrativo. A falta de reglas específicas, aplicando las normas generales, la Administración tendría tres meses para resolver sobre aquella solicitud, con lo cual, no podríamos apreciar la existencia de una resolución presunta hasta que aquél plazo hubiese transcurrido, si bien, evidentemente, no hay duda de que estaremos ante una situación injusta que se produce por una actuación administrativa inhibitoria (arbitraria), haya pasado el plazo o no para considerar la existencia de una resolución.

C. El tercer problema que se plantea si considerásemos como *conditio sine qua non* para apreciar una prevaricación omisiva la existencia de una resolución presunta emergida conforme a las reglas del silencio administrativo de la LRJ-PAC, tiene que ver con el propio sentido de la resolución. ¿Y si no fuese arbitraria?, es decir, ¿y si la resolución ficticia emergida no constituyese un acto administrativo prevaricador pero la conducta del órgano administrativo si?

Vayamos otra vez al ejemplo práctico del que nos estamos sirviendo del funcionario al que se mantiene en suspensión de funciones de forma injusta porque han transcurrido más de seis meses en esa situación. Pongámonos de nuevo en que el expedientado, transcurridos esos seis meses, solicita el levantamiento de la situación de suspensión, con lo cual, como antes hemos dicho, abriría un sub-procedimiento, una pieza separada. Transcurre el plazo de tres meses sin que se acuerde nada sobre su solicitud y, por lo tanto, debemos indagar sobre el sentido de la resolución presunta que la entrada en juego del silencio administrativo ha hecho aparecer. De conformidad con las reglas que antes hemos expuesto (art. 43.1 LRJ-PAC), la resolución presunta *stricto sensu* sería estimatoria de la solicitud porque deberíamos aplicar la regla general del silencio positivo al no ser observable la concurrencia de ninguna de las salvedades y excepciones.⁴⁰ Por lo

norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses (art. 42.3 LRJ-PAC).

⁴⁰ No hay ninguna norma con rango de ley que por razones imperiosas de interés general ni norma de Derecho comunitario que establezca lo contrario; ni se trata de procedimiento relativo al Derecho de petición, ni la estimación presunta significa que

tanto, la situación que se plantearía es endiablada, ya que no estaríamos en presencia de resolución prevaricadora alguna, ni expresa ni presunta,⁴¹ pero sí una situación injusta generada por un actuar administrativo ciertamente prevaricador.

Lo anterior nos hace volver a nuestra tesis sobre que lo fundamental a la hora de contemplar la omisión impropia en el delito de prevaricación es, *primero*, observar la realidad injusta provocada por una actuación administrativa y, *segundo*, identificar en ese actuar la resolución presunta (repetimos, no tomada la expresión en sentido estricto) que ha provocado aquélla, integrando ambos elementos –situación injusta y resolución arbitraria–, el resultado de delito.

En definitiva, reiteramos, los tres tipos de problemas que podrían surgir si se mantiene que la existencia de una resolución presunta *stricto sensu*, y, por lo tanto, nacida de conformidad con las normas reguladoras del silencio administrativo, es condición indispensable para admitir la comisión impropia, nos mantiene en la idea de que, reconocida en la legislación administrativa la existencia, junto a la expresas, de resoluciones presuntas, desde la constatación de la existencia de una situación injusta provocada o mantenida por una actuación administrativa omisiva arbitraria, siempre podemos identificar esta, a los efectos de encaje en el tipo del art. 404 CP, con una resolución administrativa, *con independencia de que haya emergido o no de conformidad con las normas reguladoras del silencio administrativo*.

6. BREVE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Dedicaremos este apartado a comentar brevemente, con el trasfondo de todo lo que llevamos dicho hasta ahora, algunas SSTSS que admiten la comisión impropia en el delito de prevaricación, que consideramos bastante representativas,⁴² aprovechando, además, para

se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio o al servicio público; ni, en definitiva, se trata de un procedimiento de impugnación de actos y disposiciones, ex art. 43.1 LRJ-PAC.

⁴¹ Ya que la presunta sería favorable al interesado y, por lo tanto, no prevaricadora.

⁴² Además de la jurisprudencia del TS, la forma de comisión omisiva en el delito de prevaricación es admitida por órganos jurisdiccionales inferiores de todos los niveles. Así, podemos citar a modo de ejemplo las siguientes resoluciones: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 15-05-2014; se condena a dos Alcaldes por un delito continuado de prevaricación, al omitir actuaciones que remediaran una situación de contaminación acústica; Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 17-02-2006, se observa prevaricación omisiva en el Alcalde que no convoca un pleno municipal para debatir una moción de censura presentada contra él; Sentencia del

afianzar todo lo que acabamos de exponer con relación a los problemas que se podrían plantear si se admiten como resoluciones omisivas prevaricadoras sólo las surgidas como consecuencia de la aplicación de las reglas del silencio administrativo.

A. STS de 29-10-1994

Se resuelve un caso en el ámbito del procedimiento disciplinario de los funcionarios en el que nos hemos inspirado para construir algunos ejemplos prácticos anteriores. Por el Instructor de un expediente disciplinario, Teniente de Alcalde de un Ayuntamiento, se emitió propuesta de resolución en la que se pedía que, por parte del Alcalde, órgano competente para hacerlo, se resolviese la suspensión provisional del funcionario expedientado. Acordada la misma y transcurridos seis meses –plazo máximo de duración de la suspensión provisional, recogido a la sazón en el art. 49.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964–, a pesar de las solicitudes del funcionario suspendido, de su letrado y del informe del funcionario que actuaba como Secretario del expediente, el Instructor no adoptó decisión alguna en orden a proponer el Alcalde el alzamiento de la suspensión provisional.

Dice el TS que la omisión del Concejal, instructor del expediente, consistió, en realidad, en el mantenimiento de una resolución de suspensión en forma contraria a su deber. La equivalencia de tal omisión con el dictado de una resolución cumple todas las exigencias de los delitos impropios de omisión, dado que el procesado era garante de la no producción de un quebrantamiento del derecho respecto al perjudicado y, además, la omisión es materialmente equivalente a la acción en la medida en la que el tipo del art. 358 (CP/1973) no requiere una especie determinada de comportamientos activos que condicionen la realización del mismo.⁴³

En esta resolución, el TS no sólo da carta de naturaleza a la comisión por omisión, sino que, además, amplía –en nuestra opinión, en exceso– el posible universo de sujetos activos del delito de prevaricación, ya que, a tenor de lo resuelto, no sólo puede serlo el órgano administrativo competente para dictar la resolución que no se dictó (el

Juzgado de lo Penal de Orihuela de 30-04-2013, se condena a un Alcalde por no resolver un expediente con el resultado de un perjuicio económico para el municipio.

⁴³ Pensamos que el razonamiento del TS con respecto a la omisión impropia en el delito de prevaricación administrativa, si bien recogido entonces en el art. 358 CP/1973, es perfectamente válido para la actual tipificación del mismo, ya que entonces, igual que hoy día el actual art. 404 CP, recogía como comportamiento típico el “dictar” una resolución. A nuestros efectos lo básico, entonces y ahora, es la determinación de si en ese “dictar” cabe tanto la conducta activa como la omisiva.

levantamiento de la suspensión provisional disciplinaria), sino también al que lo sería para hacer la propuesta de resolución. Siguiendo esta doctrina, tanto podría prevaricar el que debe dictar una resolución porque es competente para ello, como el que lo es para hacer la propuesta.⁴⁴

B. STS de 02-07-1997

A esta resolución ya hemos hecho referencia más atrás cuando examinamos el cambio en la doctrina jurisprudencial. Se resuelve un caso en el que determinados Concejales, en número suficiente, plantearon, de conformidad con la legalidad vigente en la materia, una moción de censura y el Alcalde, posteriormente acusado, sabedor de que dicha normativa le obligaba a convocar una sesión extraordinaria del pleno de la Corporación para su discusión y votación en un plazo de quince días, y con absoluto desprecio a la legalidad citada,⁴⁵ no procedió a la convocatoria de dicha sesión, impidiendo así que pudiera debatirse la moción de censura contra él interpuesta, vedando así mismo la participación ciudadana, a través de sus legítimos representantes, en los asuntos municipales.

Independientemente de otras consideraciones que no resultan trascendentes a los efectos de este trabajo, la STS de 02-07-1997 mantiene que la conducta omisiva del Alcalde, a sabiendas de su injusticia, *supone tanto como dictar una resolución arbitraria en asunto administrativo*, negando la celebración de un Pleno extraordinario que le venía exigido y de cuyo cumplimiento era garante.⁴⁶

⁴⁴ La doctrina contenida en esta resolución –que extiende la posibilidad de ser sujeto activo del delito al ámbito de las competencias administrativas “proposicionales”– es contradictoria con la contenida en otras SSTSS. Así, en la STS 08-06-2006, citada más atrás, la prevaricación se entiende como un delito especial propio “del que sólo pueden ser autores los funcionarios públicos *con capacidad para dictar resoluciones administrativas* [la cursiva es nuestra]”. El Instructor de un expediente disciplinario no es sólo que sea administrativamente incompetente para acordar una suspensión provisional o el levantamiento de la misma, sino que *no tiene ninguna capacidad resolutive* en tal materia.

⁴⁵ Se trataba del art. 197 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, antes de la reforma operada en el mismo por la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril (en adelante, LREG).

⁴⁶ Son varias las resoluciones del TS (y de órganos jurisdiccionales inferiores) en las que la no convocatoria por parte de un Alcalde del Pleno de la Corporación para debatir una moción de censura presentada se reputa como acción prevaricadora perpetrada por omisión. Así, en la STS de 28-10-1993, citada *supra*, se apreció delito de prevaricación en similar proceder; lo mismo que en la STS de 18-03-2000. Por lo que toca a estos casos, resulta interesante hacer referencia a que, a partir de la reforma operada en el art. 197 LREG, por la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril, ya no resulta necesario que el Alcalde convoque al Pleno para debatir la moción porque este queda “automáticamente convocado para las doce horas del décimo día hábil si-

Claramente, en esta resolución el TS admite la modalidad omisiva impropia en el delito de prevaricación. Ahora bien, resolución expresa no existe y, con referencia a los problemas antes apuntados relacionados con el silencio administrativo, sólo con una visión excesivamente amplia –y quizá por ello equivocada– de lo que debe entenderse por procedimiento a la hora de aplicar las reglas del silencio, podríamos localizar en este caso una resolución presunta, que, por otra parte, deberíamos analizar para saber si es negativa o positiva. Ejercicio excesivamente complicado y baldío, que nos conduciría a un callejón sin salida, ya que, seguramente, con aplicación de las reglas citadas, resultaría que la resolución hubiese sido estimatoria con referencia a la convocatoria del Pleno. Lo que sí tenemos, sin lugar a dudas, es una consecuencia directamente provocada por una actuación administrativa prevaricadora, que no es otra que el Pleno extraordinario de la Corporación Municipal, por no haber sido convocado, se ha visto impedido de ejercer las funciones que le correspondían en orden al debate de la moción de censura. Para nosotros, en supuestos como el enjuiciado por el TS, ese efecto es lo trascendente a la hora de apreciar un delito de prevaricación que ha sido perpetrado por omisión, sin dejar de observar, a efectos del encaje típico en el art. 404 CP, que la conducta omisiva, en este caso del Alcalde, se puede identificar con una resolución denegatoria presunta,⁴⁷ y ello aunque esta no hubiese emergido aplicando las reglas propias del silencio administrativo, bien porque no nos encontrásemos ante un procedimiento administrativo en sentido estricto o bien porque la resolución presunta fuese estimatoria.

C. STS de 09-06-1998

Solicitado por un vecino un certificado de empadronamiento en determinado municipio por serle necesario para la solicitud de subvenciones, el Alcalde no firmó el documento, cuando lo normal en el Ayuntamiento era expedirlos en el día o al siguiente. Sólo lo hizo, a pesar de las reiteradas solicitudes, transcurridos más de tres meses, después de que se hubiera interpuesto una querrela criminal por ese motivo.

El TS, también ahora, estimó que el entonces Alcalde incurrió en responsabilidad criminal por un delito de prevaricación cometido en

guiente” al de presentación en el Registro General de la Corporación del escrito donde se proponga la moción de censura, debidamente diligenciado por el Secretario General (art. 197.1-c LREG).

⁴⁷ El mismo efecto práctico hubiese tenido que el Alcalde hubiese resuelto formalmente denegar la celebración del Pleno que, sencillamente, *no convocarlo*.

la modalidad de comisión por omisión, observable cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa, y su omisión tiene unos efectos equivalentes a una denegación.

Volvemos a reiterar en este supuesto lo estéril de indagar el sentido del silencio administrativo con aplicación de las normas generales que lo regulan pues, a todas luces, la falta de contestación a la solicitud hubiese tenido efectos favorables para el administrado, en este supuesto, el vecino que solicitó el certificado de empadronamiento.

D. STS de 16-04-2002

Se trata de otro supuesto relacionado con el régimen disciplinario de los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración Local. Se resuelve la apertura de expediente disciplinario al Secretario-Interventor de la Corporación, acordándose también, como medida cautelar, su suspensión provisional de funciones. Por parte del funcionario expedientado se solicitó verbalmente y por escrito que le fuera abonado, mientras durase su situación de suspensión, el 75% de las retribuciones básicas, que le correspondía percibir, a tenor de lo previsto entonces en el art. 33.2 RRD, en relación con lo dispuesto en el art. 49 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964. A pesar de que por parte de la Diputación Provincial se informó por escrito de ese derecho retributivo del expedientado, el Alcalde rehusó ordenar el pago de las retribuciones correspondientes.

En este caso, dice el TS que, a efectos del art. 404 CP, al igual que ocurría con el art. 358 del CP/73, “se entiende por resolución administrativa cualquier acto de esta naturaleza que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados, ya sea expresa o tácita, oral o escrita”. Así, afirma la Sala que, en aquéllos supuestos especiales en los que la autoridad o funcionario esté imperativamente obligado a dictar una resolución, “la omisión tiene los efectos equivalentes a la denegación (comisión por omisión)”, citándose las SSTSS de 17-12-1995 y 12-02-1999.

El TS se decanta otra vez claramente porque la falta de resolución tiene los mismos efectos que la denegación. Estamos de acuerdo en este hecho en tanto la situación injusta en la que, en este caso, se mantiene al funcionario sujeto a expediente disciplinario es la misma que si se hubiere denegado su solicitud de percibir el 75% de sus retribuciones básicas. Ahora bien, insistimos otra vez en que, desde un punto de vista técnico-administrativo, no estamos hablando, en puridad, de una resolución presunta que hubiese emergido al tráfico jurídico por aplicación de las reglas del silencio administrativo porque, seguramente, también en este caso, la toma en consideración de estas

nos llevaría a concluir que silencio administrativo hubiese tenido efectos favorables para el solicitante, en este supuesto, el funcionario expedientado.

E. STS de 17-07-2002

Previa la presentación de la correspondiente moción por parte del Concejal, responsable de un grupo político con representación en el Ayuntamiento, a la que se acompañaba las reglas básicas sobre su composición, organización y funcionamiento, así como el plazo de finalización de sus trabajos, en Pleno Municipal celebrado el 20-03-1998, se aprobó la creación de una Comisión Especial de Investigación al objeto de estudiar la situación económico-financiera del Ayuntamiento en los años 1996 y 1997. Con arreglo a aquéllas normas de funcionamiento, la sesión constitutiva de la Comisión debía tener lugar tres días después del Pleno en el que se hubiera aprobado su creación, correspondiendo la convocatoria a la acusada, entonces Presidenta de la Corporación y de la misma Comisión de Investigación, al haberse negado, cuando se aprobó su creación, a delegar en otro Concejal su presidencia. La acusada no convocó a los miembros de la Comisión en el plazo previsto, por lo que el Concejal que originariamente presentó la moción, presentó el 27-04-1998 un escrito dirigido a la acusada en el que se la requería para que convocase la Comisión Especial en los términos que habían sido aprobados en la sesión plenaria de 20-03-1998. Posteriores peticiones para que la Comisión fuese convocada fueron igualmente desoídas por la acusada. En definitiva, la citada Comisión de Investigación no llegó a ser convocada por la acusada al menos hasta que en 1999 se celebraron elecciones locales.

Por otra parte, en un Pleno Municipal celebrado el 17-12-1997 la acusada se comprometió a entregar a un Concejal un listado del estado de ejecución de los ingresos y los gastos y una relación de deudores y acreedores del Ayuntamiento, sin que llegara a entregar dichos listados pese a ser reiterados nuevamente en ocasiones posteriores.

Para el TS, la conducta de la acusada, que se concretó en la negativa a investigar un tema tan sensible y legítimo como es la hacienda municipal, para lo que obviamente estaban legitimados los Concejales, supone de manera clara una actuación arbitraria cualitativamente diferente a una mera ilegalidad por vulnerar el derecho de los municipios a conocer e investigar las cuentas de los mismos, constituyendo, además, un desconocimiento del principio de mayoría, esencia de la actuación en toda sociedad democrática, lo que permite calificar tal decisión como claramente arbitraria en el sentido empleado en el art. 404 CP.

Con respecto a la forma omisiva de perpetración del delito por parte de la acusada, lo definitivo para el TS es que, como garante del ordenamiento jurídico, se convirtió en infractora, “siendo irrelevante que la comisión del delito lo fuera por omisión, pues las dos formas de comisión están previstas para este delito según la interpretación del tipo penal que esta Sala ha hecho [...]”.⁴⁸

Claramente en la STS de 17-07-2002 se admite la omisión impropia en el delito de prevaricación. Ahora bien, *mutatis mutandis*, debemos trasladar para este supuesto todos los comentarios realizados un poco más arriba sobre lo estéril de analizar la aplicación de las reglas del silencio porque puede llegar a conducirnos a la conclusión de la existencia de una resolución presunta estimatoria y, en consecuencia, trasladar el foco de atención al efecto, a la situación injusta que ha traído consigo la conducta prevaricadora que podemos identificar con una resolución denegatoria a la convocatoria de la Comisión Especial de investigación, es la única solución posible.

7. CONCLUSIONES

Las que se pueden extraer de todo lo dicho son las siguientes:

1.^a) Actualmente, considerando que, enmarcado en el fenómeno de la corrupción, el delito de prevaricación administrativa puede ser una vía instrumental adecuada para alcanzar un aprovechamiento espurio de recursos públicos, *es importante perfilar dogmáticamente al máximo aquella infracción penal, y hacerlo también con respecto a su modalidad omisiva, lo que ha sido el objeto de este trabajo.*

2.^a) Con referencia a la omisión pura, los elementos diferenciales de la omisión impropia son: la producción del resultado, la posición de garante del sujeto activo y la posibilidad de evitar aquél. De esos elementos, *se ha prestado especial atención en este trabajo al resultado y a la posición de garante de las autoridades y funcionarios públicos.*

3.^a) La prevaricación es un delito especial propio: la consideración como autoridad o la condición funcional son requisitos que deben revestir al sujeto activo. Además, si bien la STS de 29-10-1994 constituye una excepción al respecto, en tanto imputa un comportamiento prevaricador a un funcionario sólo competente para proponer y no resolver, *el sujeto activo debe tener capacidad para dictar (u omitir) una resolución.* Capacidad que no debe identificarse con compe-

⁴⁸ STS de 17-07-2002.

tencia porque precisamente en su falta puede radicar la arbitrariedad o injusticia inherente a la prevaricación.

De la ley, considerada en un sentido amplio, es de donde deriva la posición de garante de las autoridades y funcionarios públicos. Especial relevancia tiene, al respecto, el contenido de los arts. 103 y 9 CE en tanto aquéllos son los primeros que deben garantizar una actuación conforme al ordenamiento jurídico siempre dirigida a la consecución del interés general. En algunos casos, el TS (SSTTSS de 25-09-2012 y de 05-01-2001) ha exigido la concreción de las fuentes del deber de garantía, no considerando suficiente la referencia genérica al cumplimiento general de las leyes ni a imperativos de naturaleza moral. *Colmar esta exigencia supone buscar el origen de la posición de garante en la normativa específica reguladora de la actuación de los funcionarios de las distintas Administraciones Públicas y de las personas constituidas en autoridad.*

4.^a) El TS, desde el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 30-06-1997, *viene admitiendo la omisión impropia en el delito de prevaricación administrativa*, si bien la invocación en el acuerdo del Pleno a la LRJ-PAC y las referencias en algunas SSTTSS (de 25-09-2012 y de 27-12-1995) a resoluciones administrativas presuntas *stricto sensu*, nos ha hecho *explorar la posibilidad de vincular necesariamente la prevaricación omisiva a la existencia de una resolución nacida conforme a las normas reguladoras del silencio administrativo.*

5.^a) Los problemas que plantea esa exigencia de vinculación –derivados de la posible inexistencia de un procedimiento administrativo, del transcurso del plazo necesario y del sentido de la resolución presunta, que podría no ser prevaricadora–, a la hora de valorar un delito de prevaricación omisiva, *nos hace sostener que se debe prestar primero atención al efecto o consecuencia injusta y, verificada esta, indagar y analizar la actuación administrativa omisiva que la ha provocado o mantenido, identificando en ella una resolución arbitraria presunta, que, junto a aquél efecto o consecuencia, integran el resultado delictivo.* Ahora bien, hablamos de resolución presunta pero lo hacemos en un sentido lato pues, en ocasiones, habrá nacido al tráfico jurídico en estricta aplicación de las reglas del silencio administrativo pero en otras no.

