

LA PREVARICACIÓN DEL PROFESORADO UNIVERSITARIO (AL MISMO TIEMPO, UN ESTUDIO DE LOS TIPOS LEGALES DE LOS ARTS. 404 Y 405 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL)¹

THE CRIME OF MALFEASANCE BY UNIVERSITY FACULTY
(AT THE SAME TIME, A STUDY OF THE STATUTORY OFFENCES
UNDER ARTICLES 404 AND 405 OF THE SPANISH
CRIMINAL CODE)

ALFONSO ORTEGA MATESANZ

Universidad de Valladolid

Sumario: *I. Breve introducción. II. Notas sobre el delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP). A. Consideraciones generales. B. Sujeto activo. A la vez: el concepto penal de funcionario público. 1. Aplicación al caso del profesorado universitario. C. Conducta típica. 1. Asunto administrativo. 2. El dictado de una resolución arbitraria. a) ¿Es posible la prevaricación por omisión?. b) Arbitrariedad e injusticia de la resolución. 3. Elementos subjetivos. La locución «a sabiendas de su injusticia». D. Autoría y participación en el delito de prevaricación administrativa. Especial consideración de la autoría mediata. E. Consumación del delito. III. Posibles conductas prevaricadoras del profesorado universitario. A. En la selección del profesorado universitario. 1. Sobre la selección del profesorado universitario y los efectos criminológicos de la normativa universitaria. 2. Análisis de la posible aplicación del art. 404 CP. 3. La aplicabilidad de una figura hasta ahora no men-*

¹ Este trabajo ha sido realizado durante una estancia de investigación en el Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), financiada en el marco de la convocatoria de ayudas sobre «MOVILIDAD INVESTIGADORES E INVESTIGADORAS UVa-BANCO SANTANDER 2025».

cionada: el delito de nombramientos ilegales (art. 405 CP). a) Consideraciones específicas para el ámbito universitario. B. En la evaluación y calificación de asignaturas, trabajos de fin de estudios y tesis doctorales. IV. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo está dedicado a analizar la posible comisión de conductas prevaricadoras por parte del profesorado universitario en dos ámbitos específicos: los procesos de selección del personal docente e investigador (PDI) en las universidades públicas y la evaluación de asignaturas, trabajos de fin de estudios y tesis doctorales. Dado que se trata de un estudio de derecho aplicado, antes de abordar estas cuestiones concretas se examinará, con la profundidad necesaria, la regulación del delito de prevaricación administrativa en el Código Penal (art. 404). Asimismo, resulta imprescindible realizar algunas consideraciones generales acerca del procedimiento de selección del PDI y de la forma en que se lleva a cabo la evaluación de asignaturas y trabajos de investigación en las universidades españolas.

Palabras clave: prevaricación, nombramiento ilegal, profesorado universitario, selección del PDI, evaluación académica.

Abstract: This paper is devoted to analyzing the possible commission of malfeasance by university faculty in two specific areas: the selection processes of teaching and research staff (PDI) in public universities, and the evaluation of courses, final degree projects, and doctoral dissertations. Since this is a study in applied law, before addressing these specific issues the regulation of the crime of malfeasance under the Spanish Criminal Code (Article 404) will be examined in the necessary depth. It is also essential to provide some general considerations regarding the procedure for selecting teaching and research staff and the manner in which the evaluation of courses and research projects is carried out in Spanish universities.

Key words: malfeasance, unlawful appointment, university faculty, selection of teaching and research staff, academic evaluation.

I. BREVE INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos proponemos analizar, desde el plano jurídico-penal, la posible comisión de conductas prevaricadoras por parte del profesorado universitario en dos ámbitos concretos: la selección del personal docente e investigador (PDI) en las universidades públicas—respecto de lo cual se ha señalado que las prácticas prevaricadoras

han sido algo históricamente frecuente²— y la calificación de asignaturas, trabajos de fin de estudios y tesis doctorales. Dado que se trata de un estudio de derecho aplicado, resulta imprescindible situar previamente el marco normativo de referencia, es decir, el tipo legal del art. 404 del Código Penal (desde ahora, CP), en el que se castiga la llamada prevaricación administrativa o del funcionario público. Este delito requiere que un funcionario público penal dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo, actuando «a sabiendas de su injusticia». Se tratará de manera detallada, en sus distintos aspectos, el delito de prevaricación del art. 404 CP, con el fin de valorar, desde la perspectiva jurídica, si es realmente posible o no aplicarlo a los casos que aquí nos ocupan. También abordaremos la cuestión, esencial en orden a la imputación del delito a título de autor, de si el profesorado universitario puede ser considerado funcionario público a efectos penales (cfr. art. 24 CP). Junto a ello, se ofrecerán, por su importancia para nuestro análisis, algunas consideraciones sobre el procedimiento de selección del PDI en las universidades públicas y sobre el modo en que se lleva a cabo la evaluación de asignaturas y trabajos de investigación en las universidades españolas. Para cada uno de los ámbitos señalados, se examinará si cabe la aplicación del tipo delictivo de prevaricación administrativa.

II. NOTAS SOBRE EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA (ART. 404 CP)

A. Consideraciones generales

El delito de prevaricación cometido por funcionario público está tipificado y sancionado en el Título XIX del Libro II del CP, dedicado a los «Delitos contra la Administración pública» (arts. 404 a 445 CP). La Administración pública a la que se refiere la rúbrica del Título es la civil, no la militar, que es objeto de protección por otros preceptos penales³. Desde la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, tal Título comprende un total de diez capítulos, aunque

² Cfr. SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, Dykinson, Madrid, 2016; el mismo, «¿Qué estáis haciendo con la Universidad? Marginación de la ciencia en la selección del profesorado», *Diario La Ley*, n.º 9910, 2021; el mismo, «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», *Diario La Ley*, n.º 10578, 2024; el mismo, *40 años devaluando la selección del profesorado universitario y sin expectativas de cambio*, Dykinson, Madrid, 2024.

³ LANDECHO VELASCO, C.M./MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte especial*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 397.

su contenido ha ido variando en sucesivas modificaciones. Las figuras delictivas aquí recogidas tienen en común, con algunas excepciones —como el art. 406 CP, que, no obstante, es un delito especial propio, o el art. 418 CP—, que el sujeto activo debe ser una autoridad o funcionario público, por lo que, en consecuencia, en su mayoría se trata de delitos especiales, propios o impropios.

Dentro del primero de los capítulos del Título XIX, denominado «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», y compuesto por tres preceptos (arts. 404, 405 y 406), se regula, en concreto en el art. 404 CP, el delito de prevaricación administrativa. Además de esta figura delictiva, el capítulo incluye los delitos de nombramiento ilegal (art. 405 CP) y de aceptación de nombramiento ilegal (art. 406 CP), los cuales constituirían los «otros comportamientos injustos» a los que alude el epígrafe. Todas estas incriminaciones —de ahí que pueda decirse que su agrupación en un mismo capítulo no resulte incorrecta— comparten la injusticia de determinadas actuaciones administrativas⁴. La propia formulación del Título XIX define expresamente la prevaricación como una modalidad de comportamiento injusto⁵.

Desde la reforma de 2015, resultan punibles la provocación, la conspiración y la proposición para cometer cualquiera de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II del Código (cfr. art. 445 CP).

Según dispone el art. 404 CP, «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».

Se ha dicho por algún autor que el delito de prevaricación reprocha la conducta más grave de todas las que pueden cometer los funcionarios públicos⁶. Desde la instauración del periodo democrático,

⁴ GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 177. En el mismo sentido, CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Bayer, Barcelona, 1999, p. 104. De otra forma, según MUÑOZ CONDE, son «tipos delictivos de difícil reducción a un denominador común». *Derecho penal. Parte especial*, 25.ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 974.

⁵ CASAS HERVILLA, J., «Análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa», *Revista española de derecho militar*, n.º 116, julio-diciembre, 2021, p. 258.

⁶ MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la Administración pública», en LAMARCA PÉREZ, C. (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2004, p. 549.

la aplicación de este delito ha experimentado una notable expansión según señala GARCÍA DE ENTERRÍA⁷.

En este delito, la Administración pública es protegida en su dimensión externa o de servicio público, en tanto que actividad de carácter prestacional que tiene como destinataria a la comunidad y que ha de desarrollarse conforme a los parámetros constitucionales que orientan su actuación (cfr. arts. 103 y 106 de la Constitución Española; en lo que sigue, CE), y se ve atacada desde dentro, por personas que están al servicio de la propia Administración⁸. La persecución del bien común constituye la misión esencial de la Administración pública y, a la vez, la razón que legitima su existencia.

La función pública debe ser concebida como una actividad de prestación de servicios a los ciudadanos. El adecuado desempeño de dicha función debe garantizarse, precisamente, desde esta perspectiva; de lo contrario, tal y como afirma MORILLAS CUEVA, «se reduciría a una pretensión de naturaleza política o a lo más administrativa, la protección del deber de objetividad e imparcialidad que ha de regir el funcionamiento de la Administración en su labor de satisfacer los intereses y servicios generales que la ciudadanía demanda»⁹.

Los comportamientos prevaricadores suelen ser considerados una de las manifestaciones de la corrupción en el ámbito público¹⁰. Sin embargo, calificarlos como corrupción sólo resulta apropiado cuando

⁷ 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», en ORTIZ BLASCO, J./MAHILLO GARCÍA, P. (coords.), *La responsabilidad penal en la Administración Pública. Una imperfección normativa*, Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputació de Barcelona, Barcelona, 2010, p. 263.

⁸ Vid. MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º 30, 1996, pp. 309-310; MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 19-20; el mismo, «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, n.º 96, 2005, p. 43; el mismo, «Artículo 404», en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 1777; CASTRO LIÑARES, D., «Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre», *Diario La Ley*, n.º 8753, 3 de mayo de 2016, p. 3.

⁹ MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 861.

¹⁰ Es más, en opinión de CASAS HERVILLA, el delito de prevaricación «constituye, sin ningún género de dudas, la figura criminal más relevante en la lucha

la conducta se enmarca en un contexto en el que se traiciona el interés público para favorecer intereses particulares, sean propios del funcionario o de un tercero. En palabras de ROCA AGAPITO, la corrupción «es el uso privado de los poderes públicos en beneficio particular»¹¹. Los actos que dan lugar a un delito de prevaricación, en definitiva, pueden entenderse como una forma o modalidad de corrupción pública —aunque esta no sea una categoría penal autónoma, sino más bien criminológica— siempre que impliquen un uso indebido o ilícito del poder o de la función pública, que se ven por tanto instrumentalizados, en beneficio propio o ajeno.

Estamos ante un delito especial propio (en la jurisprudencia, por todas, STS 441/2022, de 4 de mayo — ECLI:ES:TS:2022:1649), ya que no existe en el Código ningún delito común relativo al mismo comportamiento que puedan realizar los particulares. Esto tendrá enorme trascendencia en orden a la responsabilidad penal del *extraneus*, es decir, de la persona que carece de la cualidad especial que exige el tipo penal para ser autor.

El art. 404 CP es aplicable a los casos de prevaricación realizados en el ámbito administrativo por cualquier funcionario público (en sentido penal). Se prevén en el Código, no obstante, algunas prevaricaciones específicas, por razón de la materia sobre la que versan, en los arts. 320, 322 y 329. Estas infracciones se refieren, respectivamente, a los siguientes ámbitos: ordenación del territorio, patrimonio histórico y protección del medio ambiente. Tales preceptos desplazarán en su aplicación, por especialidad (art. 8.1.^a CP), a las previsiones del art. 404 CP¹². Se trata de los mismos comportamientos, si bien realizados en ámbitos concretos¹³, lo que justifica su aplicación preferente frente al art. 404 CP¹⁴.

contra la corrupción pública». «Análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa», cit., p. 237.

¹¹ ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 55. Similar, FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.), *Tratado de Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1992.

¹² Por todos, ORTOS BERENGUER, E., «Artículo 404», en VIVES ANTÓN, T.S. (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1783.

¹³ Aunque, como hace notar MUÑOZ CONDE, «la redacción de estos preceptos no coincide literalmente con la del art. 404». *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 974.

¹⁴ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6.^a ed., Atelier, Barcelona, 2019, p. 370.

Por su parte, las conductas prevaricadoras de jueces, magistrados y letrados de la Administración de Justicia son objeto de tipificación independiente en los arts. 446 a 449 CP, dentro del Título XX del Libro II CP, reservado a los «Delitos contra la Administración de Justicia».

En el CP de 1973, la prevaricación administrativa y la judicial estaban reguladas en un mismo capítulo, aunque en preceptos distintos, pese a que la dimensión de la función pública afectada por la conducta típica es diferente en cada caso¹⁵. Con buen criterio, el legislador de 1995 las trata en títulos diferentes.

En la prevaricación funcionarial, el bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de la función pública, considerando por tal aquel que se desarrolla dentro de la legalidad¹⁶, entendida esta, no obstante, no como legalidad formal, sino como legalidad material¹⁷. Su ejercicio tal y como establece, en definitiva, el art. 103.1 CE: con sometimiento pleno a la ley y al Derecho¹⁸.

En lo que respecta a las penas previstas en el art. 404 CP, ambas inhabilitaciones tienen carácter principal y habrán de imponerse conjuntamente. Se aplicarán por el mismo periodo temporal. En la sentencia condenatoria, deberán especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recaerá la inhabilitación especial. Lo correcto será que esta pena afecte únicamente al puesto o cargo público en

¹⁵ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.ª ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), pp. 1850-1851.

¹⁶ En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MATALLÍN EVANGELIO, A./ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Esquemas de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 316: «el bien jurídico puede cifrarse en el correcto ejercicio de la función pública; esto es, en el ejercicio de la función pública con sujeción a la CE y al resto del ordenamiento jurídico». Véase también MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», *ADPCP*, Tomo 44, Fasc/ Mes 2, 1991, p. 389; MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Bosch, Barcelona, 2007, p. 3019.

¹⁷ VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», en ASUA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 141, 151 y 155.

¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1087; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en *Comentarios al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2016, p. 1 (versión digital; La Ley 3323/2016), p. 1; NIETO MARTÍN, A., «Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos», en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2023, pp. 335 y 342.

cuyo ejercicio se tomó la resolución prevaricadora¹⁹. De este modo, la inhabilitación debe recaer sobre el puesto o cargo directamente relacionado con el delito, sin extenderse a otros puestos dentro de la función pública con los que no hubiese existido tal relación²⁰. En un caso en el que un profesor titular de universidad fue condenado como autor de un delito de prevaricación del art. 404 CP, por otorgar de manera arbitraria a una alumna la calificación de sobresaliente, cuando en realidad carecía de todo mérito para obtener dicha nota, y ni siquiera merecía el aprobado, la inhabilitación especial afectó a su empleo de profesor titular (SAP Granada 168/2016, de 18 de marzo — ECLI:ES:APGR:2016:1241). Conviene, en cualquier caso, recordar, con JAREÑO LEAL, que «no es lo mismo la inhabilitación de un cargo nombrado por libre designación, para el que la pena implica la imposibilidad de ejercer dicho cargo, que la impuesta al funcionario de carrera, en cuyo caso podrá perder tal condición de funcionario»²¹. En cuanto a la inhabilitación del derecho de sufragio pasivo, el condenado no podrá concurrir como candidato en ningún proceso electoral durante el tiempo que se extienda su duración.

En el Código de 1973 se tipificaba, junto a la modalidad dolosa, una forma de prevaricación imprudente o culposa, la cual no está contemplada en el Código vigente, aunque sí existe una modalidad imprudente en la prevaricación judicial (art. 447 CP). La supresión de la prevaricación imprudente por el Código de 1995, sobre la que la doctrina científica se ha pronunciado en sentidos diversos, con autores a favor y en contra²², nos sitúa en el marco anterior al Código

¹⁹ En este sentido, vid. JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», *RECPC*, n.º 20, 2018, p. 25-26; PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 6.ª ed., Tomo IV, Sepín, Madrid, 2024, p. 3525. De otra forma, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1134.

²⁰ Así, JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», cit., p. 25.

²¹ JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», cit., p. 26.

²² Criticando que no exista una prevaricación administrativa por imprudencia, entre otros, REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», en VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F. (dir.), *Los Lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 112; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Introducción a los delitos contra la Administración Pública», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 40. A favor de la supresión, en cambio, FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Prevaricación», en ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (dir.), *Parte especial del Derecho penal a través del sistema de casos*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 415, asimismo,

de 1870, en el que esta figura criminal se reguló por primera vez. Su derogación puede tener importantes repercusiones en el caso de órganos colegiados, como ha puesto de manifiesto ARRIBAS LÓPEZ²³. En cualquier caso, los comportamientos que anteriormente encajaban en la prevaricación administrativa culposa pueden ser perseguidos —y, en su caso, sancionados— por la vía administrativa²⁴.

En 2015, mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el 1 de julio de ese mismo año, este precepto fue objeto de una doble modificación, en un sentido agravatorio de la respuesta penal²⁵. La mayor severidad en la represión de esta conducta se enmarca en una política legislativa más amplia de revisión de las penas previstas para los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública²⁶. Por un lado, se incrementó la duración de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que hasta la reforma iba de siete a diez años. Ahora se impondrá por tiempo de nueve a quince años. Algunos autores han criticado su duración por considerarla excesiva²⁷. Otros, en cambio, no entienden la razón de que las prevaricaciones específicas estén sancionadas con penas privativas de libertad, y la genérica, sin embargo, no. En esta última dirección, ÁLVAREZ GARCÍA ha defendido que es necesario en el art. 404 CP «acompañar la pena de inhabilitación por otra privativa de libertad de suficiente gravedad»²⁸. Debe destacarse, además, que la elevación de la pena abstracta de inhabilitación especial para empleo o cargo público ha tenido como efecto añadido el incremento del plazo de prescripción del delito: antes era de diez años; en la actualidad es

al igual que los anteriores, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., p. 1851.

²³ ARRIBAS LÓPEZ, J., «Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», *Diario La Ley*, n.º 7894, 4 de julio de 2012, p. 9.

²⁴ CASAS HERVILLA, J., *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos. Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, Reus, Madrid, 2020, p. 50; JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», cit., p. 15.

²⁵ CASTRO LIÑARES, D., «Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre», cit., p. 9; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1998.

²⁶ Vid. FERNÁNDEZ CABRERA, M., «El delito de prevaricación: un antes y un después de la crisis económica», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2017, pp. 204-206.

²⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 370; SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 38.

²⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Introducción a los delitos contra la Administración Pública», cit., p. 44.

de quince años (art. 131.1 CP)²⁹. Por otro lado, en cuanto a la segunda de las modificaciones, se introdujo la imposición obligatoria de una pena de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo. Durante el tiempo que dure la pena, el condenado no podrá optar a ningún cargo electivo. La imposición adicional de esta pena se debe a que la inhabilitación especial para empleo o cargo público alcanza únicamente, como se dijo, al puesto que se ocupaba al cometer el delito³⁰.

A diferencia de lo que sucede con otros delitos contra la Administración pública, el enjuiciamiento del delito de prevaricación no corresponde al tribunal del jurado. Como consecuencia del aumento de la pena con la reforma de 2015, al superar ahora el límite de diez años, la competencia para enjuiciar la prevaricación administrativa pasó de los Juzgados de lo Penal a las Audiencias Provinciales³¹.

B. Sujeto activo. A la vez: el concepto penal de funcionario público

El sujeto activo del delito de prevaricación debe ser una autoridad o funcionario público. La cualidad de funcionario público es un elemento del tipo³². En el caso de los órganos colegiados, cada uno de sus miembros deberá presentar dicha condición³³. Si alguien en quien no concurriera esta cualidad, realizase la conducta típica, su hecho quedaría impune³⁴, teniendo en cuenta, además, que no existe un tipo común paralelo, sin perjuicio de que tal persona pueda ser partícipe en el hecho delictivo del funcionario.

²⁹ Vid. ORTS BERENGUER, E., «Prevaricación administrativa y nombramientos ilegales (arts. 404 y 405)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1108; SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», en MUÑOZ CUESTA, J./FUERTES LÓPEZ, F.J./LERENA LÓPEZ, J. (coords.), *Tratado de responsabilidades penales en la administración local*, Cosital, Madrid, 2015, p. 252.

³⁰ AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 219; PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», cit., p. 3525.

³¹ PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», cit., p. 3525.

³² MUÑOZ CONDE, F., «Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 11, 1997, p. 479.

³³ ARRIBAS LÓPEZ, J., «Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», cit., p. 6.

³⁴ El hecho sería atípico, como bien señala MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS. «Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delincuente», *Diario La Ley*, n.º 7173, 2009, p. 8.

Ahora bien, se exige, además, por doctrina y jurisprudencia, que el funcionario público, para poder ser autor de este delito, posea facultades decisorias o resolutivas, ya sea por la competencia propia de su cargo o por delegación de un superior (STS 971/1997, de 4 de julio — ECLI:ES:TS:1997:4756)³⁵. La facultad de delegar corresponde exclusivamente a quien ostenta la condición de autoridad.

Siendo así, sólo podrían incurrir en este delito aquellos funcionarios públicos facultados para dictar resoluciones con efectos jurídicos, ya sea frente a la propia Administración o frente a los ciudadanos. Como ha dicho MUÑOZ CLARES³⁶, «no se trata de un entendimiento al margen de la legalidad y, al contrario, es preciso afirmar que dicho entendimiento fue propiciado en su día por la propia legalidad». Esto supondrá una limitación al círculo de posibles sujetos activos³⁷. Quienes realizan funciones de asesoramiento, en consecuencia, quedarán excluidos como posibles autores (SSTS de 10 de noviembre de 1989 — ECLI:ES:TS:1989:6226; y 17 de septiembre de 1990 — ECLI:ES:TS:1990:6257). Esta exigencia de que el funcionario público ostente competencias decisorias tendrá una importante repercusión en materia de autoría y participación; así, el funcionario sin facultades decisorias sólo podrá responder penalmente en calidad de partícipe *extranei* (cfr. STS 1493/1999, de 21 de diciembre — ECLI:ES:TS:1999:8670), pero nunca como autor del delito (ni siquiera como autor mediato)³⁸.

Asimismo, según han destacado distintos autores, el funcionario público habrá de actuar dentro del marco genérico o relativo de sus

³⁵ En la doctrina, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, p. 397; ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 3, 1993, p. 672; CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 39; GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», en COLLANTES GONZÁLEZ, J.L. (coord.), *Temas actuales de Derecho penal*, Perú, 2004, p. 558; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1540. En la jurisprudencia, las SSTS 705/2021, de 16 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3378), y 780/2021, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3865) requieren que el funcionario «adopte una decisión en cualquier asunto que le esté encomendado en consideración a su cargo, único supuesto en el que pueden dictarse resoluciones o decisiones de orden administrativo».

³⁶ MUÑOZ CLARES, J., «El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios», *RGDP*, n.º 20, 2013, p. 2.

³⁷ En este sentido, GRANADOS PÉREZ, C./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Contestaciones al programa de Derecho penal parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal*, 6.ª ed., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 366.

³⁸ IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», cit., p. 1540.

competencias³⁹. Su ámbito de actuación, a mayor abundamiento, no podrá coincidir con el de alguna de las prevaricaciones específicas⁴⁰; en caso de coincidencia, será de aplicación lo previsto en los arts. 320, 322 o 329 CP, al constituir estos delitos *lex specialis* frente al tipo del art. 404 CP.

Pese a lo que mantiene la jurisprudencia, considerando reiteradamente que el requisito de la injusticia de la resolución puede venir integrado, entre otras situaciones, cuando la misma es dictada por un funcionario sin competencias (por todas, STS 439/2022, de 4 de mayo — ECLI:ES:TS:2022:1638), sólo cabe hablar de delito de prevaricación cuando el funcionario abusa de sus competencias, y no cuando se arroga competencias ajenas, invasión de competencias que debería dar lugar, más bien, a un delito de usurpación de funciones⁴¹. Una decisión dictada al margen del ámbito competencial entendido en los términos expuestos no sería válida (ni siquiera injusta) y, por tanto, no podría considerarse prevaricadora. Lo que protege el tipo penal es el correcto funcionamiento de la Administración pública, que sólo se ve atacado cuando el funcionario utiliza caprichosamente sus facultades o abusa de ellas⁴². Si la ausencia de competencia para conocer del asunto es total, no hay tal abuso de competencia, sino una carencia absoluta de la misma, determinante no obstante de la nulidad del acto administrativo (y que, en su caso, como se ha dicho, podría calificarse como usurpación de funciones).

En la jurisprudencia del Alto Tribunal se ha dicho que «la exigencia de que se dicta una resolución indica que solamente los órganos decisorios del organigrama administrativo de una determinada entidad estatal, autonómica o local pueden estar revestidos de estas

³⁹ Sobre la exigencia de competencia relativa, por todos, ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración Pública (I)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 706; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 404», en CUERDA ARNAU, M.L. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 2548. Vid. también MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., pp. 3025-3026.

⁴⁰ GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 558.

⁴¹ ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 706; CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 49; POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», en POLAINO NAVARRETE, M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, p. 277.

⁴² GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, Universidad Católica de Murcia, Murcia, 2021, p. 143.

facultades administrativas, por lo que habrá de indagarse, en cada caso cuál es el órgano concreto al que ha de atribuirse las facultades decisorias y en qué medida un órgano o cargo se limita a dar carácter ejecutivo a las decisiones adoptadas por otros órganos individuales o colectivo, todo ello sin descartar la posible prevaricación por conducción o dirección de un determinado expediente administrativo en el que confluyen decisiones colectivas o individuales, admitiéndose casos de coautoría cuando exista un reparto conjunto y de común acuerdo, o una cadena productora de resoluciones que son firmadas por la Autoridad correspondiente, dando lugar a lo que un sector de la doctrina denomina coautoría sucesiva» (STS de 16 de mayo de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:3889).

Ante la exigencia de que el funcionario posea potestad decisoria, diversos autores han llegado a la acertada conclusión de que solamente las autoridades podrían ser sujetos activos del delito de prevaricación, en la medida en que son las únicas dotadas de capacidad para dictar resoluciones⁴³. Es decir, son la clase de funcionarios públicos que poseen jurisdicción propia, como ha destacado POLAINO NAVARRETE⁴⁴. Esto, no obstante, no excluye la posibilidad de que también los funcionarios públicos que no ostentan la condición de autoridades puedan cometer el delito cuando elaboren una resolución por delegación, independientemente de que la firmen o no⁴⁵. En el caso de las resoluciones adoptadas por delegación, como bien señala ROLDÁN BARBERO⁴⁶, no resulta aplicable el criterio administrativo según el cual la resolución se considera dictada por el órgano delegante. Esto significa que la responsabilidad penal recaerá en quien ejerza de manera efectiva la potestad decisoria, y no en el órgano que la delega. En cualquier caso, el tenor del art. 404 CP se refiere indistintamente a autoridades y funcionarios públicos, por lo que ambos pueden ser sujetos activos del delito; en otras palabras, «la diferencia carecería de importancia a efectos prácticos»⁴⁷.

⁴³ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1125; MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3022.

⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», cit., p. 272.

⁴⁵ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672.

⁴⁶ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672. De la misma forma, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1125.

⁴⁷ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 65.

En el art. 358.1 CP 1973 se mencionaba únicamente a los funcionarios públicos. Esto, en realidad, no planteaba verdaderos problemas, ya que, según se admite generalmente, la autoridad es una especie dentro del género más amplio del funcionario público, por lo que, al hacerse referencia a estos, aquellas ya quedaban por definición comprendidas. Por tal razón, puede ponerse en duda la necesidad o utilidad de que se mencione por la redacción típica, junto al funcionario público, a la autoridad⁴⁸. De hecho, ya con carácter general, se ha cuestionado si la distinción entre funcionario público y autoridad no resulta artificiosa⁴⁹. En cualquier caso, como se ha señalado, la redacción del art. 404 CP vigente no hace distincos, contemplando a ambos, autoridades y funcionarios públicos, como posibles sujetos activos del delito.

Debemos plantearnos si es posible la comisión del delito de prevaricación cuando la resolución procede de un órgano colegiado o colectivo, en el que las decisiones se adoptan de forma conjunta, siguiendo un sistema de mayorías. Sólo en el caso de las prevaricaciones específicas se resuelve expresamente esta cuestión en el sentido de aceptarlo. Doctrina y jurisprudencia (cfr. SSTs 1417/1998, de 16 de diciembre — ECLI:ES:TS:1998:7651; ó 501/2000, de 21 de marzo — ECLI:ES:TS:2000:2284), no obstante, lo admiten sin problema, siempre que concurran, claro está, todos los elementos típicos, bajo el argumento de que, según la normativa administrativa, los actos administrativos pueden proceder tanto de un órgano unipersonal como de uno colegiado, y de que la decisión, en verdad, aunque esto no haría falta recordarlo, procede del acuerdo adoptado por el órgano⁵⁰.

Si la resolución prevaricadora la dicta un órgano colegiado, incurrirán en responsabilidad penal, en concepto de coautores⁵¹, todos aquellos de sus miembros que hayan votado conscientemente a favor

⁴⁸ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», *Diario La Ley*, 1996, pp. 4 y 9.

⁴⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º 30, 1996, p. 20. La distinción sólo es relevante respecto de los tipos penales que se refieren exclusivamente a las autoridades. Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 637 (digital).

⁵⁰ Sobre lo último, CASAS HERVILLA, J., *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos. Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, cit., p. 194.

⁵¹ VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 131; MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la Administración pública», cit., pp. 547-548; CASTRO LIÑARES, D., «Análisis de los elementos típicos del ilícito

de un acuerdo que sabían arbitrario, o que, con su abstención, hubiesen facilitado su adopción⁵². La responsabilidad penal se exige, así, a título individual, atendiendo al sentido del voto emitido⁵³. El elemento subjetivo que junto al dolo genérico requiere el tipo penal —conocimiento de la injusticia de la acción— debe estar presente en relación con cada una de las personas que hayan hecho posible el acuerdo que da lugar a la resolución⁵⁴. En cualquier caso, la acción típica consiste en dictar una resolución arbitraria, no en emitir el voto⁵⁵; lo que sucede es que, en los órganos colegiados, las decisiones se adoptan de manera conjunta mediante acuerdo, y la opinión o voluntad de cada miembro se expresa a través de su voto.

En estos casos, las actas y certificaciones que registran los acuerdos adoptados por los órganos colegiados resultan fundamentales para acreditar la posible voluntad prevaricadora de sus miembros⁵⁶. Constituyen un elemento probatorio clave, tanto para demostrar la infracción cometida como para eximir de responsabilidad a aquel

penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre», cit., p. 8.

⁵² NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», en VV.AA., *Derecho penal. Parte especial. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, p. 680; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 607. Mayoritariamente, sin embargo, en línea con lo establecido por el art. 17.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se considera que no cometen el delito del art. 404 CP, quedando por lo tanto exentos de la responsabilidad criminal que pueda derivarse de los acuerdos, ni quienes votan en contra ni quienes se abstienen en la votación sobre la adopción de la resolución arbitraria. Así, por todos, CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 48; SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», cit., p. 246; HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 68.

⁵³ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», en SERANO TÁRRAGA, M.D., *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 1002; REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», cit., pp. 105-106; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1993.

⁵⁴ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1003.

⁵⁵ REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», cit., pp. 104 y ss.

⁵⁶ ARRIBAS LÓPEZ, J., «Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», cit., p. 11.

miembro que, con su voto en contra, no haya participado en la formación de la voluntad arbitraria⁵⁷.

La condición de presidente o de simple miembro no afecta en absoluto a la responsabilidad penal de los integrantes del órgano. Aunque al presidente, y también a su secretario, le corresponda velar por el cumplimiento de las leyes (cfr. Ley 40/2015, de 1 de octubre) ello no va a determinar una exoneración de responsabilidad para los miembros que, con sus votos, acuerdan la decisión⁵⁸.

En el caso de que los miembros del órgano que están a favor de adoptar una resolución arbitraria se encuentren en minoría, como dicha resolución no prosperará por causas ajenas a su voluntad, existirá una tentativa del delito de prevaricación⁵⁹.

¿Quiénes pueden ser considerados funcionarios públicos o autoridad?

Para determinar qué personas pueden tener la consideración de autoridad o funcionario público, debemos acudir al art. 24 CP. En este precepto, el legislador proporciona una definición auténtica de autoridad y funcionario a los efectos penales, que no tiene validez en otras ramas del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia del TS ha insistido en que ésta no constituye una de las denominadas normas penales en blanco (por todas, aunque en alusión al art. 119 CP 1973, STS de 12 de mayo de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:11510). Hablamos, luego, de un concepto de funcionario público y de autoridad «cerrado»⁶⁰, propio del Derecho penal y válido exclusivamente en este sector del ordenamiento jurídico.

Se trata de una definición vinculante para el aplicador de la ley penal, que determina el significado de tales términos, a la que debe acudirse cada vez que, en la Parte Especial del Código, se mencione a la autoridad o al funcionario público, ya sea en relación con los sujetos activos o con los delitos cometidos contra las personas que desempeñan una función pública. Como ha señalado ROCA AGAPI-

⁵⁷ ARRIBAS LÓPEZ, J., «Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», cit., p. 5.

⁵⁸ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 674; PAZ RUBIO, J.M./COVIÁN REGALES, M., «Artículo 404», en CÓNDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, Trivium, Madrid, 1997, p. 3831.

⁵⁹ Por todos, JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», cit., p. 16.

⁶⁰ Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 24», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 158.

TO⁶¹, es una definición «de carácter general y con validez para todo el CP». Ambos conceptos tienen un alcance más amplio que el otorgado por el Derecho administrativo, de cuyas categorías no dependen. JAVATO MARTÍN indica con acierto que el legislador ha optado por «un concepto funcional, material, de funcionario, que desborda los angostos límites trazados para la figura por el ordenamiento administrativo»⁶². Esta mayor amplitud, desde un plano teleológico, se justifica en que «lo que aquí importa es proteger de modo eficaz la función pública así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar» (STS 68/2003, de 27 de enero — ECLI:ES:TS:2003:403)⁶³. En el ámbito jurídico-penal, para colmar el concepto del art. 24 CP, basta con la mera participación en la función pública, de ahí que se diga que estamos ante un concepto funcional⁶⁴, siempre que ello se haga mediante alguno de los títulos de habilitación mencionados en el art. 24.2 CP: disposición inmediata de la Ley, elección o nombramiento por autoridad competente. En cuanto al requisito del nombramiento, «si quien nombra carece de esta cualidad, el empleado público no ingresará en el cuerpo de funcionarios públicos penales»⁶⁵. En cualquier caso, fuera del ejercicio de las funciones públicas —esto es, en su esfera o vida privada—, el funcionario tendrá la consideración de particular⁶⁶. Según la jurisprudencia, «la cualidad de autoridad o funcionario, no acompaña al su-

⁶¹ ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», cit., p. 55.

⁶² JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 23, enero 2011, p. 154.

⁶³ Según JAVATO MARTÍN, «esta disparidad de conceptos ha sido justificada por la diversidad de fines u objetivos perseguidos por ambos ordenamientos, el administrativo y el penal. Mientras que al primero le interesa prioritariamente la regulación del estatus funcional, los derechos y deberes de estos sujetos, su retribución, en una palabra, la relación de servicio entablada entre la Administración pública y sus agentes, el Derecho penal atiende prioritariamente a la protección de la función pública; intenta salvaguardar su correcto funcionamiento frente a conductas provenientes tanto del propio funcionario como de terceros ajenos a aquella». «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., pp. 154-155.

⁶⁴ Vid. JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., pp. 154; el mismo, «El delito de desobediencia del funcionario», *RGDP*, n.º 21, 2014, p. 10, destacando que, con este calificativo, «se quiere poner de relieve no sólo la esencialidad de la efectiva, real, participación del ejercicio, sino también el hecho de que el concepto penal debe extraerse del ámbito de cada tipo delictivo en concreto, teniendo en cuenta para ello la finalidad político-criminal perseguida por el legislador con la creación del precepto».

⁶⁵ RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, p. 205.

⁶⁶ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 45.

jeto pasivo como estatuto personal, sino que se proyecta para lo que entraña interés público y no para cuestiones puramente particulares» (STS de 12 de mayo de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:11510).

La ley penal no exige las notas de incorporación y permanencia propias del funcionariado administrativo⁶⁷, por lo que podrán subsumirse en el concepto penal de funcionario público todos los empleados públicos (cfr. art. 8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), con independencia de que sean funcionarios —de carrera o interinos— contratados laborales o personal eventual (siempre que estos últimos no se limiten a realizar meras funciones de asesoramiento)⁶⁸. No importan, para el Derecho penal, categorías, la duración de la relación, la retribución percibida ni el régimen de dedicación. La jurisprudencia lo ha destacado reiteradamente: «el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública» (por todas, STS 1233/1997, de 10 de octubre — ECLI:ES:TS:1997:6002). No se requiere, como recuerda C. MIR PUIG, «la oposición o el concurso, ni figurar en plantilla»⁶⁹. A los efectos penales, se produce una equiparación plena entre funcionarios titulares e interinos, e incluso entre todos ellos y los contratados laborales, aunque estos últimos no mantengan vínculo funcional alguno con la Administración⁷⁰. Aunque para nuestro análisis no tiene tanto interés, cabe señalar que también podrían considerarse funcionarios públicos penales los cargos políticos elegidos por sufragio en unas elecciones⁷¹. Todo aquel que tenga la consideración penal de fun-

⁶⁷ Como recuerda JAVATO MARTÍN, «la nota esencial que caracteriza al funcionario administrativo es su incorporación a la Administración en régimen de Derecho público y de manera permanente, voluntaria y profesional y retribuida». «El delito de desobediencia del funcionario», cit., p. 9.

⁶⁸ En este sentido, por todos, MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 546; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», cit., p. 1540; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 678; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 369. Véase también RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», cit., pp. 204-205, quien señala que «la adquisición de la condición de funcionario público penal es inherente a la adquisición de la condición de funcionario público de carrera de acuerdo con el ordenamiento administrativo».

⁶⁹ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 24.

⁷⁰ DE LA MATA BARRANCO, N.J., «El funcionario público ante el Derecho penal», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 20, enero 2010, p. 17.

⁷¹ JAVATO MARTÍN, A.M., «El delito de desobediencia del funcionario», cit., p. 10.

cionario público podrá ser autor en sentido estricto, en principio, de cualquiera de los delitos de los funcionarios previstos en el Código⁷².

La jurisprudencia de la Sala Penal del TS subraya que, en el ámbito penal, no resultan relevantes «ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporabilidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003)» (STS 1590/2003, de 22 de abril — ECLI:ES:TS:2004:2634). En la STS 166/2014, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:974), se ha señalado que «hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado “levantamiento del velo”: estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal».

El requisito de que la función pública sea efectivamente ejercida ha llevado a algunos autores a sostener, no obstante, que el concepto penal es más estrecho que el administrativo⁷³.

La jurisprudencia ha determinado que también se incluyen dentro del concepto penal de funcionario «los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas» (STS de 30 de septiembre de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:7425). En la doctrina, MUÑOZ CONDE⁷⁴ sostiene que, aunque el nombramiento no sea legal, a efectos penales, se considerará funcionario al nombrado irregularmente si ejerce funciones públicas, pudiendo, por lo tanto, ser responsable de los delitos de los funcionarios públicos mientras persista el nombramiento anómalo. Todo ello, sin perjuicio de las sanciones en que puedan incurrir tanto quien efectuó el nombramiento ilegal como quien, conociendo su ilegalidad, lo aceptase. Distinto es el supuesto de quien se atribuye a sí mismo, sin título alguno, una función pública, lo que podría constituir un delito de usurpación de funciones públicas (art. 402 CP).

⁷² PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», cit., p. 3526.

⁷³ Vid., dando cuenta de ello, JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., p. 153, nota 6.

⁷⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pp. 968-969. De otra forma, POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», cit., p. 275, por cuanto el nombramiento es ilegal.

El funcionario público, a efectos penales, puede pertenecer a la Administración estatal, autonómica, local o a cualquier otra entidad de carácter público⁷⁵.

La definición penal obliga a determinar, caso por caso, si concurren efectivamente las notas del art. 24.2 CP y, en consecuencia, si una persona ostenta o no la condición de funcionario público⁷⁶. Lo mismo sucede respecto de las autoridades: así, como ha destacado RODRÍGUEZ MOURULLO⁷⁷, «no bastará, pues, que en las respectivas reglamentaciones administrativas se atribuya a los funcionarios la condición de autoridad, sino que habrá de comprobarse si gozan de mando o jurisdicción propia, que son las notas esenciales que vertebran la noción penal de autoridad».

Las autoridades son una especie de funcionario público⁷⁸. Para revestir la consideración de autoridad, deben concurrir los requisitos para ser funcionario y, adicionalmente, que dicho funcionario tenga mando o ejerza jurisdicción. El funcionario, además, se encontrará en un plano de dependencia y subordinación jerárquica respecto de la autoridad.

Las autoridades se caracterizan por poseer poder de mando o jurisdicción propia. La noción de mando se vincula con la capacidad de coerción en sentido jurídico⁷⁹. Por su parte, la noción de jurisdicción se refiere a la potestad de resolver asuntos de cualquier índole sometidos a la consideración del funcionario, lo que implica la aplicación del derecho objetivo⁸⁰. Se trata, en suma, de la capacidad de dictar

⁷⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., «Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delincuente», cit., p. 3; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 678.

⁷⁶ Por ello, se ha dicho que «el Código Penal no contiene un concepto de funcionario, sino más bien unas pautas para determinar en cada caso quien lo sea». Así, GISBERT CASASEMPERE, R., «El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 104, julio-diciembre 2015, p. 109.

⁷⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 24», cit., p. 159.

⁷⁸ Vid. en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 24», cit., p. 158.

⁷⁹ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 27; GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 558; JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., pp. 168.

⁸⁰ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 28; JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., pp. 168; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1121.

resoluciones⁸¹. La potestad de resolución puede versar tanto sobre asuntos jurisdiccionales como administrativos⁸², sin que se limite, pese a su nombre, a la potestad de juzgar que corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales (art. 117.3 CE). En este sentido, GÓRRIZ ROYO⁸³ recuerda que «lo que singulariza el concepto de jurisdicción es el sentido coloquial del término, en tanto no sólo abarca la potestad de juzgar sino también la de resolver asuntos sometidos a la consideración del funcionario público constituido en autoridad que tenga competencia propia». Esta capacidad de jurisdicción no se restringe a los funcionarios cuyas resoluciones agotan la vía administrativa⁸⁴. En todo caso, la jurisdicción ha de ser propia, y no delegada por otra autoridad⁸⁵.

Para integrar el concepto de funcionario público, deben darse los dos requisitos que exige la redacción del art. 24.2 CP: la participación en el ejercicio de funciones públicas y hacerlo bajo título habilitante. No basta con que se cumpla uno solo de ellos; ambos han de concurrir simultánea o cumulativamente. La ausencia de cualquiera de tales requisitos implica que no se ostenta la condición de funcionario público a efectos penales⁸⁶. NIETO MARTÍN⁸⁷ ha señalado con acierto que, cuando el requisito orgánico —esto es, que la persona forme parte de la Administración— es indiscutible, el elemento funcional pierde relevancia; por el contrario, cuando el encuadramiento orgánico no es tan concluyente, adquiere mayor peso el componente funcional de ejercicio de una actividad pública.

En cuanto a los títulos de habilitación, quienes participan en el ejercicio de funciones públicas deben hacerlo en virtud de disposición inmediata de la ley, de elección o de nombramiento por autoridad competente. No se considerará funcionario a efectos penales a quien realice funciones públicas a través de una forma no reconocida por el art. 24.2 CP⁸⁸. Debe mantenerse, en primer lugar, un concepto amplio

⁸¹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J., «El concepto penal de funcionario público», *Cuadernos de Política criminal*, n.º 27, 1985, pp. 98-99.

⁸² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 970.

⁸³ GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 558.

⁸⁴ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672.

⁸⁵ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 28.

⁸⁶ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 22; ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», cit., p. 62.

⁸⁷ NIETO MARTÍN, A., «Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos», cit., p. 338.

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 968.

de ley, que comprenda no sólo la ley formal emanada del parlamento, sino toda disposición de rango general⁸⁹. La elección debe realizarse mediante voluntad popular, y el nombramiento de la autoridad competente, como bien destaca C. MIR PUIG⁹⁰, se refiere a los cargos de libre designación, a los funcionarios interinos, a los contratados administrativos y al personal laboral. Tal nombramiento debe provenir de una «autoridad competente», lo que exige la existencia de una potestad legalmente reconocida para realizarlo, entendiendo el término ley en un sentido amplio⁹¹.

Precisar la noción de función pública es una cuestión compleja. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia adoptan una tesis mixta o ecléctica, según la cual deben estar presentes tres requisitos para que pueda afirmarse que se realiza una función pública: actividad desarrollada por un órgano o ente público (requisito subjetivo), mediante actos sometidos al derecho público (requisito objetivo) y que tal actividad esté orientada al bien común (requisito teleológico)⁹². En la jurisprudencia, esta tesis ecléctica ha sido acogida expresamente, entre otras, por la STS 1125/2011, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7290), matizando, en cuanto al criterio objetivo, lo siguiente: «aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas». En la STS 2340/2001, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2001:9659) se señaló en relación con la actividad de una caja de ahorros que esta «no supone el ejercicio de una función pública, ni está sometida al Derecho público, ni persigue fines estrictamente públicos pese al indiscutible interés social que dicha actividad reviste».

Otros autores prescinden del requisito objetivo, bajo el argumento de que «mediante el mismo se estaría sustrayendo del control del Derecho penal a la actividad de la Administración desplegada por empresas, organismos o entes públicos sometidos a un régimen jurídico-privado, o por los particulares concesionarios de servicios públicos», pero excluyendo del cerco de la tutela penal las sociedades mercanti-

⁸⁹ Vid. JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., pp. 164-165; RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», cit., pp. 194 y ss.

⁹⁰ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 45.

⁹¹ JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., p. 167.

⁹² Por todos VIVES ANTÓN, T.S., «Detenciones ilegales», en VIVES ANTÓN, T.S./GIMENO SENDRA, J.V., *La detención*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 51. Sobre las distintas teorías para concretar qué es una función pública, vid. ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», cit., pp. 64 y ss.

les de capital mayoritariamente público que persiguen una finalidad exclusivamente comercial⁹³.

Por lo demás, interesa una participación efectiva o real en tales funciones, pues de ello depende la correcta ejecución del servicio público⁹⁴.

1. Aplicación al caso del profesorado universitario

En relación con la materia de este trabajo, podrían considerarse funcionarios públicos, a efectos penales, no sólo los cate-dráticos de universidad —como reconoce la STS de 26 de febrero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:13656)— y los profesores titulares (indirectamente, la SAP Málaga 118/2019, de 29 de marzo — ECLI:ES:APMA:2019:3126; y SAP Granada 168/2016, de 18 de marzo — ECLI:ES:APGR:2016:1241), ambos funcionarios conforme a la normativa administrativa, sino también el profesorado contratado laboralmente por las universidades públicas, ya sea con vinculación indefinida o temporal.

Esto se debe a que, como se indicó anteriormente, lo relevante en el ámbito jurídico-penal es la participación efectiva en el ejercicio de la función pública, siempre que exista una habilitación previa para ello en cualquiera de las formas o vías que contempla el art. 24.2 CP. La noción penal amplía el concepto más allá del vínculo estatutario para centrarse en la función pública efectivamente ejercida. Cuando se ostentan facultades resolutorias propias, estamos ante la figura de la autoridad penal. En todo caso, esta condición de funcionario penal quedará limitada a la participación efectiva en la función pública, sin alcanzar a actividades de carácter privado (respecto de las que será considerado un simple particular).

Es totalmente indiferente, a estos efectos —por poner algunos ejemplos— que el profesorado pertenezca o no a la carrera académica, que su plaza sea fija o temporal, el régimen de dedicación (tiempo completo o parcial), la capacidad docente máxima o la retribución percibida. El profesorado emérito puede incluirse sin dificultad en la noción penal de funcionario público, al igual que los contratados

⁹³ JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., p. 160. Siguiendo también una tesis subjetivo-teleológica, ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», cit., pp. 70 y ss.

⁹⁴ GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 553.

predoctorales y los investigadores posdoctorales, incluso aunque no realicen funciones docentes.

De conformidad con la normativa universitaria vigente (Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario; en adelante, LOSU), entre los contratados laborales, se encuentran: profesores ayudantes doctores (art. 78), profesores asociados (art. 79), profesores sustitutos (art. 80), profesores permanentes laborales (art. 82), profesores visitantes (art. 83) y profesores distinguidos (art. 84). La contratación de estos dos últimos, así como el nombramiento del profesorado emérito (art. 81), no requiere la realización de concurso público. Los contratados laborales pueden ser indefinidos o temporales. Son personal indefinido los profesores permanentes laborales y, desde la entrada en vigor de la LOSU, también los profesores asociados (aunque su dedicación es a tiempo parcial). Por su parte, los temporales son los profesores ayudantes doctores, los profesores visitantes, los profesores distinguidos y los profesores sustitutos. La relación del profesorado emérito con una universidad también es de carácter temporal. No se exige título de doctor para acceder a las plazas de profesor asociado, profesor sustituto ni profesor visitante en una universidad pública española. En el caso del profesorado distinguido, la LOSU no exige expresamente poseer el título de doctor.

En sentido administrativo, el acceso a la condición de empleado público difiere según se trate de funcionarios o de personal laboral. En el caso de los funcionarios, dicha condición se adquiere mediante la toma de posesión que sigue a su nombramiento por la autoridad competente. En el caso del personal laboral, se produce con la suscripción del contrato de trabajo, lo que, generalmente, al menos en el ámbito universitario, suele ocurrir tras la propuesta del candidato en un concurso público (aunque esto dependerá de la concreta figura docente).

Lo anterior no presenta particularidades respecto del profesorado universitario. Una vez adquirida la condición de personal docente, deberán realizarse las funciones propias del puesto, tales como impartir docencia y calificar las asignaturas. Ahora bien, la participación del profesorado en actividades fuera de su universidad, como, v. gr., formar parte de una comisión evaluadora en un proceso de selección, requerirá de una designación expresa y específica por parte de la autoridad competente. El nombramiento de las comisiones de selección corresponderá al rector o rectora de la universidad convocante de la plaza. Para participar como miembro de una comisión de selección o de un tribunal de tesis doctoral en otra universidad, es necesario contar con la autorización previa de la universidad en la que el profesor presta sus servicios.

En sentido penal, la habilitación de los funcionarios de carrera tiene lugar por «disposición inmediata de la ley»⁹⁵, expresión «ley» a interpretar, como se dijo, en sentido amplio. Por otro lado, bajo la fórmula del «nombramiento», cuyo objeto inicial, como recuerda JAVATO MARTÍN, era «conferir la cualidad de funcionario público a efectos penales a los sujetos que eventualmente participaban en tareas públicas en razón de la libre designación»⁹⁶, queda comprendido el personal laboral y también el profesorado emérito⁹⁷.

Ahora bien, dado que el sistema universitario español está conformado por universidades públicas y privadas, a las que se añaden los centros privados adscritos, cabe preguntarse si el profesorado de una universidad privada puede ser considerado funcionario público a efectos penales y, por consiguiente —aunque dejando constancia de que este es sólo un primer requisito al que se añade, entre las exigencias relativas a la autoría, el tener capacidad decisoria propia o por vía de delegación⁹⁸— autor de un delito de prevaricación administrativa.

A nuestro juicio, si adoptamos la tesis ecléctica mayoritaria en orden a precisar lo que constituye una función pública, en el caso de las universidades privadas no se cumpliría ni el requisito subjetivo ni, en su totalidad, el objetivo. Además, en relación con el elemento teleológico, la actividad de estas instituciones no se orienta exclusivamente a fines educativos o de investigación⁹⁹, sino que dichos fines se

⁹⁵ Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», *Cuadernos de política criminal*, n.º 62, 1997, pp. 453 y ss. De la misma idea, JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., p. 165; RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», cit., pp. 195-197 y 204.

⁹⁶ JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., p. 166.

⁹⁷ Cfr. RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», cit., p. 204.

⁹⁸ En sentido, más general, vid. RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», p. 205, señalando que «afirmar que una persona tiene la condición de funcionario público penal no implica sostener también su aptitud para ser considerado sujeto activo de todo delito cuya autoría esté limitada a funcionarios públicos, pues no debe olvidarse que las figuras de la parte especial frecuentemente exigen, expresamente, que el funcionario público abuse de su cargo, lo cual implica la posesión, por parte del funcionario público, de determinadas competencias».

⁹⁹ Según la STC 176/2015, de 22 de julio de 2015, «debe tenerse en cuenta además, que todas las universidades sin distinción, también por tanto las de titularidad privada (art. 3.2 LOU), realizan un “servicio público de educación superior” a través de las funciones que les asigna la Ley Orgánica de universidades en su art. 1.2: la “creación, desarrollo, transmisión y crítica” de la ciencia, la técnica y la cultura, así como la preparación para el ejercicio de actividades profesionales; funciones todas

combinan — e incluso quedan subordinados a ellos— con intereses privados o mercantiles. Por todo esto, hemos de descartar ya que el profesorado de las universidades privadas, sea cual sea su categoría, pueda ser subsumido en el concepto penal de funcionario público. En cualquier caso, debe reiterarse que no basta, para ser funcionario público penal, con participar en una actividad que tenga la consideración de función pública; es necesario, además, hacerlo a través de un título habilitante siempre que sea de los que menciona el art. 24.2 CP. Si no se participa en una función pública, no hay lugar a entrar a valorar si existe título habilitante para ello.

Según BUSTILLO BOLADO, la diferencia entre universidades públicas y universidades privadas no es de tipo funcional, sino genético, radicando «en cómo nacen, es decir, en su distinta forma de creación (en el caso de las Universidades públicas) o reconocimiento (en el caso de las Universidades privadas) por parte de los órganos legislativos competentes en cada caso. No puede formar parte del sistema universitario español ninguna Universidad que no haya sido expresamente creada o reconocida, según corresponda, por las Cortes generales o por un parlamento autonómico»¹⁰⁰.

Es necesario que exista una participación efectiva en el ejercicio de la función pública. Desde luego, en el caso de las universidades públicas, se cumplen claramente los requisitos antes señalados: forman parte del denominado sector público institucional (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público)¹⁰¹, están sometidas —aunque con matices en los que no podemos entrar— al derecho público y persiguen fines de interés público o general. Aquí partimos, con MATIA PORTILLA, de la consideración de que las funciones de

que han de prestar siempre “al servicio de la sociedad”. Ello explica también que la ley de reconocimiento de las universidades privadas, exigida por el art. 4.1 LOU, venga precedida por la fijación por el Gobierno estatal de “los requisitos básicos necesarios para la creación y reconocimiento de las universidades públicas y privadas ... siendo, en todo caso, necesaria para universidades públicas y privadas la preceptiva autorización que, para el comienzo de sus actividades, otorgan las Comunidades Autónomas una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos normativamente establecidos (art. 4.4 LOU)” [STC 223/2012, de 29 de noviembre, FJ 10]. El control del Estado, sin embargo, no se agota únicamente en ese acto inicial de reconocimiento, sino que se proyecta también en su funcionamiento, como sucede con los preceptos de la LOU que ahora se enjuician».

¹⁰⁰ BUSTILLO BOLADO, R.O., «Creación de universidades públicas, reconocimiento de universidades privadas y adscripción de centros universitarios», en HORGUÉ BAENA, C., *La nueva ordenación de las universidades. Estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023, p. 76.

¹⁰¹ Reconociendo que la universidad pública es Administración pública (institucional), vid. la STS 1536/2022, de 22 de noviembre, sala tercera (ECLI:ES:TS:2022:4334).

la universidad son: contribuir de manera decisiva al avance del conocimiento; prestar conocimiento técnico al servicio de la sociedad y formar nuevas élites intelectuales¹⁰². Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que las universidades públicas puedan contar con fundaciones propias, a través de las que, como bien señala el citado autor, «pretenden actuar con mayor margen de actuación, liberándose de la rigidez propia del Derecho Público»¹⁰³.

Las universidades públicas son entes de derecho público con personalidad jurídica propia, que desarrollan sus funciones en régimen de autonomía. Algunas son de ámbito estatal (la UNED y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo), mientras que la mayoría son de ámbito autonómico. Gozan de autonomía académica, organizativa, económica y de gestión dentro del marco legal vigente. Se rigen por la legislación estatal y autonómica en lo que les resulte preceptivo, por la ley de su creación y por sus propios estatutos. Sus actos, en general, son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, las universidades privadas tienen la naturaleza jurídica de personas jurídicas de carácter privado, pudiendo adoptar, entre otras, la forma de sociedad mercantil, sociedad cooperativa o fundación (en este último caso, si no tienen ánimo de lucro), sin perjuicio de su necesario y posterior reconocimiento por ley *ad hoc*, autonómica o estatal¹⁰⁴. No forman parte del sector público ni dependen directamente de la Administración, aunque están sometidas a tutela administrativa en cuanto a su creación, la autorización de titulaciones o la acreditación de su profesorado. Su régimen jurídico se rige, básicamente, por el derecho privado, si bien están sujetas —como no puede ser de otro modo— al cumplimiento de la normativa universitaria (estatal y autonómica). Su financiación es mayoritariamente privada, aunque pueden recibir fondos públicos, por ejemplo, para proyectos de investigación o programas de becas. En suma: la actividad de una universidad privada se desarrolla en el ámbito del derecho privado y al margen de la estructura administrativa del Estado. Todo su personal, por otra parte, es de carácter laboral, aunque esto, por sí

¹⁰² MATIA PORTILLA, F.J., «¿Supone un avance la LOSU?», en MATIA PORTILLA, F.J./DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2024, pp. 23-24.

¹⁰³ MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», *RGDC*, n.º 37, 2022, p. 12.

¹⁰⁴ Vid. BUSTILLO BOLADO, R.O., «Creación de universidades públicas, reconocimiento de universidades privadas y adscripción de centros universitarios», cit., pp. 78 y ss.

mismo considerado, no sería un obstáculo para considerar a alguien funcionario público a efectos penales¹⁰⁵.

Por todo ello, el profesorado de una universidad privada no podría incurrir en ningún delito donde la cualidad de funcionario público sea elemento de la tipicidad objetiva, como sucede en la prevaricación administrativa (aunque en este delito, como sabemos, a la cualidad de funcionario se añade la exigencia de poseer facultades decisorias). Esta exclusión no depende de las formas de contratación, sino de que, como se ha dicho, los profesores de universidades privadas, como tales, en el desempeño de sus tareas ordinarias, no participan en el ejercicio de una función pública según debe ser esta entendida en el Derecho penal —según la tesis ecléctica acogida—. Una conducta irregular podría dar lugar únicamente a responsabilidad civil o responsabilidad disciplinaria, en los términos establecidos en el contrato o acuerdo de colaboración de naturaleza mercantil que rija la relación entre las partes (universidad y personal colaborador) y, en su caso, conforme al convenio colectivo aplicable al personal de las universidades privadas.

Excepcionalmente (y dado que la normativa universitaria estatal lo permitiría), sin embargo, un profesor de universidad privada que sea nombrado por una universidad pública para formar parte en la misma de un tribunal de tesis doctoral o de una comisión de selección de profesorado sí que podría incurrir, en principio, y valorando únicamente esta cuestión desde la perspectiva del sujeto activo, en el delito de prevaricación del art. 404 CP, aunque únicamente en el marco específico de esas funciones. Debe existir, no obstante, un acto administrativo expreso emitido por la autoridad competente de la universidad pública (el rector), mediante el cual se designe y habilite formalmente a tal persona para intervenir en ese procedimiento. Este nombramiento reviste carácter oficial y duración limitada; durante su vigencia, el profesor de universidad privada participará en el ejercicio de funciones públicas, adquiriendo entonces la condición de funcionario público penal. Ese nombramiento tendría encuadre en el art. 24.2 CP, aunque sea limitado y temporal. Competente para realizar tal nombramiento es el rectorado. Como explican HERNÁNDEZ

¹⁰⁵ Según MATIA PORTILLA, «en el caso de las Universidades públicas estamos ante Administraciones cuya actuación se ve delimitada por el Derecho administrativo y condicionada por decisiones previas adoptadas por poderes públicos (por ejemplo, en lo que atañe a la financiación). Las Universidades privadas pueden tener su origen en entidades de muy distinta índole y contar con fondos propios. Además, su personal es siempre laboral, sin que se vea lógicamente afectado por la relevante normativa sobre empleados públicos». «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», cit., p. 8.

MARTÍN/BETTSCHEN CAPA¹⁰⁶, los integrantes de las comisiones de selección provienen de distintas universidades, pero prestan sus servicios a la universidad convocante del concurso para la satisfacción de una necesidad específica, por lo cual dependerán de esta en lo que respecta a la función juzgadora y estarán sometidos en su actuación a su supervisión y control.

No nos encontramos, en estos casos, propiamente en el ámbito de la enseñanza —lo que resulta aún más evidente en los supuestos de pruebas selectivas—, pero también se realizan funciones públicas. En lo que respecta a la selección del profesorado de las universidades públicas, estamos ante la provisión de una plaza de empleado público, que debe llevarse a cabo siguiendo un procedimiento administrativo regulado por normas de derecho público y en el que habrán de respetarse los principios constitucionales que rigen el acceso la función pública. La resolución del concurso afecta indudablemente al interés público: la educación pública universitaria y, además, se realizarán —aunque ello dependerá de la categoría de profesorado— tareas investigadoras por parte del profesor, de cuyos resultados se beneficiará no sólo la comunidad académica, sino también el conjunto de la sociedad. En el caso de los tribunales de tesis, por su parte, se designa a un órgano oficial encargado de evaluar y calificar el trabajo presentado por el doctorando, el tribunal dicta una resolución que tiene efectos oficiales, conducente a la obtención de un título válido en todo el territorio nacional, que facultará a su titular para disfrutar de los derechos que le reconozcan las disposiciones legales vigentes, y todo ello se rige igualmente por el derecho público. Este último supuesto puede generar algunas dudas, porque en las universidades privadas también se realizan y defienden tesis doctorales. Esto nos hace ver que lo fundamental, para determinar si estamos ante una función pública, es el requisito subjetivo al que antes se aludió¹⁰⁷: que la actividad sea realizada por un órgano o ente público. De seguir un criterio exclusivamente teleológico, según el cual se consideraría función pública aquella actividad que persiga un interés general o el bien común, no habría problema en considerar que un colegio o una universidad privados realizan funciones públicas y que todo el personal

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», *Diario La Ley*, 2001, p. 7.

¹⁰⁷ Ya con carácter general, vid. VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», cit., *passim*.

que participe en las mismas tendría la consideración de funcionario público penal¹⁰⁸.

Por otra parte, aunque en la práctica resulte inimaginable que un profesor de universidad privada adopte una resolución fuera del marco del procedimiento para el cual ha sido autorizado a intervenir, parece procedente limitar, en este caso, las posibilidades de prevaricación al ámbito de sus competencias específicas. Su habilitación es excepcional, puntual y limitada; su competencia, circunstancial y concreta; y no forma parte de la estructura orgánica de la universidad pública¹⁰⁹. Sólo puede actuar válidamente dentro del procedimiento para el que ha sido expresamente habilitado. Fuera de ese marco, carecería de toda competencia, siquiera relativa. En estas condiciones, y desde la perspectiva del art. 404 CP, su conducta prevaricadora sería impune. Además, su habilitación para intervenir en una función pública es limitada.

El profesorado de universidades públicas puede formar parte de comisiones evaluadoras en procesos selectivos tanto en su propia universidad como en otras universidades públicas. En este último caso, deberá contar con la habilitación administrativa correspondiente para integrar el tribunal. Como hemos dicho antes, en cada universidad es el rectorado quien nombra a las comisiones de selección. A efectos penales, no existe inconveniente en considerar como funcionario público a quien participa como miembro de un tribunal en una universidad distinta de aquella en la que ejerce su labor docente.

Descendiendo a la casuística, quien se encuentre contratado simultáneamente —lo que sólo es posible, en principio, si en ambos casos su dedicación es a tiempo parcial— por una universidad pública y una privada, tendrá la condición de funcionario público a efectos penales únicamente en lo que respecta a su vínculo y actividad con la universidad pública, de nuevo a causa de que una universidad privada no es un órgano o ente público.

La condición de funcionario público, a efectos penales, que ostenta un profesor de universidad pública no se proyecta sobre su participación puntual en actividades desarrolladas en una universidad privada, como formar parte de un tribunal de tesis doctoral, dado que dicha actuación tiene lugar en el marco de un ente privado. En tales supues-

¹⁰⁸ Advirtiéndolo, ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», cit., p. 66. Vid. también ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., pp. 602-603.

¹⁰⁹ DE LA MATA BARRANCO exige una «cierta permanencia» en la realización de las actividades de carácter público. «*El funcionario público ante el Derecho penal*», cit., p. 17.

tos, el profesor tendría la consideración de mero particular. Además, considerarle funcionario supondría que pudiera ser, en el contexto de la evaluación y calificación del trabajo doctoral, autor de algunos de los delitos de los funcionarios públicos del Código, mientras que tal posibilidad no se predicaría nunca respecto de los propios profesores de la universidad privada (por no ser, en ningún caso, funcionarios públicos penales). Ahora bien, dicha condición de funcionario se mantiene en lo relativo a su actuación en la universidad pública.

En cualquier caso, aunque se admita que se realiza una función pública, el tipo penal del art. 404 CP exige, en su parte objetiva, el dictado de una resolución en asunto administrativo, que, además, habrá de ser injusta y arbitraria.

C. Conducta típica

Conviene subrayar, antes de nada, que el art. 404 CP no constituye una norma penal en blanco, sino un tipo penal con elementos normativos¹¹⁰.

La conducta típica consiste en que la autoridad o funcionario público, obrando con conciencia de la injusticia de su actuación, dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Tres son los requisitos exigidos por el tipo penal, además de la condición de funcionario público del sujeto activo, a la que ya nos hemos referido: el dictado de una resolución arbitraria; b) que dicha resolución recaiga en un asunto de carácter administrativo; y c) que el funcionario haya obrado a sabiendas de la injusticia de su actuación. A continuación, procederemos al análisis de cada uno de estos elementos, siguiendo este orden: asunto administrativo, dictado de una resolución arbitraria y, por último, el elemento subjetivo «a sabiendas de su injusticia».

1. Asunto administrativo

Asunto administrativo es aquel que está regulado y sometido al Derecho administrativo¹¹¹. Esto «presupone la existencia de un pro-

¹¹⁰ Por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., p. 31; HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, cit., p. 44.

¹¹¹ MORILLAS CUEVA, L., «Reflexiones acerca del delito de prevaricación. Desde su interpretación extensiva a su motivación reduccionista», *REDS*, n.º 9, julio-diciembre, 2016, p. 20.

cedimiento formal en el que el funcionario deba decidir la aplicación del derecho acordando, limitando o negando derechos subjetivos de quienes sean parte en el mismo» (STS de 3 de diciembre de 1993 — ECLI:ES:TS:1993:8338). Procedimiento, por lo tanto, en el que se aplicarán normas propias del Derecho administrativo, y en el que habrán de observarse determinadas garantías¹¹². En ocasiones se añade por una parte de la doctrina la exigencia subjetiva de que la resolución debe emanar de un órgano decisorio perteneciente a la Administración pública¹¹³.

Algunos autores, recurriendo a una técnica de delimitación negativa (o por exclusión), consideran que asunto administrativo es aquel que no tiene naturaleza política o de gobierno ni jurisdiccional¹¹⁴. El funcionario que dicta la resolución prevaricadora, no obstante, puede pertenecer no sólo al poder ejecutivo, sino también a cualquiera de los otros dos poderes del estado (legislativo y judicial), siempre que intervenga en un asunto administrativo¹¹⁵. Estos sujetos son también funcionarios públicos y, por ejemplo, en el caso de los jueces, podrían actuar en asuntos como subastas o expedientes disciplinarios, que son claramente de índole administrativa¹¹⁶. Si el asunto fuera de naturaleza judicial, nos encontraríamos, en su caso, ante una prevaricación judicial. Los parlamentarios deberían actuar en asuntos desvinculados de su actividad propiamente legislativa. Los miembros de la carrera fiscal, si actúan en el ámbito administrativo, también podrían ser responsables, como autores, de un delito de prevaricación administrativa¹¹⁷.

En la STS 941/2009, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2009:5849), se recalca que «en relación con esta materia, destaca la doctrina mayoritaria que dicha resolución habrá de versar sobre “asunto administrativo” —cuestión doctrinalmente controvertida—, estar sometida al Derecho administrativo, requerir un procedimiento formal y que, en ningún caso, tenga naturaleza jurisdiccional ni política—».

¹¹² Cfr. MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., p. 1852; SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», p. 243.

¹¹³ Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3025.

¹¹⁴ Por ejemplo, GRANADOS PÉREZ, C./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Contestaciones al programa de Derecho penal parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal*, cit., p. 367.

¹¹⁵ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., p. 131; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., pp. 1852.

¹¹⁶ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 10.

¹¹⁷ SÁNCHEZ OCAÑA, R., «Artículo 358», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (dir.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 680.

C. MIR PUIG, por su parte, estima que los actos políticos sí podrían considerarse resolución, a la vista de la redacción del art. 9.1 CE y de que se someten al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)¹¹⁸.

La resolución arbitraria podría recaer, por ejemplo, en el marco de un concurso interno de la Administración para la provisión de una plaza¹¹⁹, dado que se trata de un procedimiento regulado por normas de Derecho administrativo (entre ellas, las propias bases de la convocatoria), sometido a los principios rectores de la actuación administrativa, así como a los que rigen el acceso al empleo público, y en el que se ejerce una potestad pública por parte de autoridades o funcionarios. Todo ello sin perjuicio de que el resultado del proceso afecte, además, a los derechos subjetivos de los participantes. Idéntica conclusión debe sostenerse si se trata de un concurso-oposición público, abierto a la participación de cualquier persona que reúna los requisitos establecidos en la convocatoria. Ambos supuestos encajan plenamente, por tanto, en el concepto de asunto administrativo a efectos del artículo 404 CP.

La selección del profesorado universitario se realiza, salvo en algún caso residual (profesores distinguidos y visitantes, además de los eméritos), mediante concurso público, aunque para acceder a la mayoría de los puestos a tiempo completo, con excepción de la figura de profesor ayudante doctor, se exige la previa acreditación a la figura correspondiente (o a una superior), expedida por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) o por una agencia autonómica de evaluación. A día de hoy, estas últimas sólo pueden conceder acreditaciones para la figura de profesor permanente laboral, o para determinados cuerpos de profesorado autonómico en el caso de las comunidades catalana y vasca.

2. *El dictado de una resolución arbitraria*

La jurisprudencia ha sostenido de manera tradicional 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 la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión

¹¹⁸ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 47.

¹¹⁹ ORTS BERENGUER, E., «Artículo 404», cit., p. 1788.

de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva, tales como informes, consultas, dictámenes o diligencias» (por todas, STS 787/2013, de 23 de octubre — ECLI:ES:TS:2013:5318)¹²⁰.

Según constante jurisprudencia, la noción de resolución «comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo» (SSTS 627/2006, de 8 de junio — ECLI:ES:TS:2006:3820; 359/2019, de 15 de julio — ECLI:ES:TS:2019:2355).

No constituye una resolución, según ha afirmado el TS, la simple certificación administrativa (STS 1158/2002, de 20 de junio — ECLI:ES:TS:2002:4566), ni un escrito de alegaciones (STS 2087/2002, de 31 de enero — ECLI:ES:TS:2003:587). En cambio, sí se consideran subsumibles en el concepto de resolución la certificación falsa de fin de obra y las órdenes de pago, igualmente falsas, emitidas por un alcalde (STS 520/2016, de 16 de junio — ECLI:ES:TS:2016:2903). Por otra parte, el funcionario que se limita a ejecutar una resolución dictada por otro no incurrir en delito de prevaricación, ya que simplemente cumple con su obligación (STS 26/02/1992 - ECLI:ES:TS:1992:1571). Tampoco es una resolución el hecho de no abstenerse de intervenir en la resolución de un concurso ni de no comunicar al superior la causa de abstención por enemistad manifiesta¹²¹.

La doctrina maneja un concepto de resolución análogo. A modo de ejemplo, según GÓRRIZ ROYO, resolución es «todo acto de la Administración que comporta una declaración de voluntad de la misma, de contenido decisorio y que afecte a la órbita de los derechos de los administrados»¹²². Para NIETO MARTÍN, «no cualquier resolución de la Administración puede dar lugar al delito de prevaricación previsto en el artículo 404, sino tan sólo los actos administrativos con contenido decisorio susceptibles de afectar por ello negativamente a los

¹²⁰ Entendiendo que esa es la resolución que resuelve sobre el fondo con eficacia ejecutiva, FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1993.

¹²¹ PORTERO GARCÍA, L., «El delito de prevaricación de funcionario público», *Diario La Ley*, 2000, p. 3.

¹²² GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 559.

derechos de los ciudadanos o a los intereses generales»¹²³. Se insiste asimismo por la literatura científica en que es irrelevante el envoltorio formal de la resolución, pudiendo ser ésta expresa o tácita, escrita u oral, e incluso adoptarse mediante gestos¹²⁴.

Para MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, con un alcance más restrictivo, la resolución se limita al acto que se pronuncia sobre el fondo del asunto con eficacia ejecutiva: «con independencia de cuál sea la forma que revista la resolución, lo esencial es que ésta posea en sí misma un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la Administración»¹²⁵. En el Derecho administrativo (vid. art. 88 y concordantes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), la resolución constituye un tipo de acto administrativo, concretamente aquel que pone fin al procedimiento¹²⁶. Según el art. 88.1, párrafo primero, de la Ley 39/2015: «la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo». Con esta interpretación, las resoluciones intermedias o interlocutorias, al no pronunciarse sobre el fondo del asunto, difícilmente podrían considerarse incluidas en el concepto de «resolución».

La resolución puede recaer tanto en el marco de actividades regladas como en el de actividades discrecionales. En las primeras, la Administración no puede más que limitarse a aplicar la normativa vigente, sin margen de decisión; en las segundas, el ordenamiento permite un cierto margen de apreciación o valoración al órgano actuante. Existen ámbitos, como el de la selección de profesores universitarios, en los que tribunales de valoración cuentan con un amplio margen de discrecionalidad técnica¹²⁷. Si hay conductas prevaricado-

¹²³ NIETO MARTÍN, A., «Artículo 404», en VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 870.

¹²⁴ Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., pp. 101 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1088.

¹²⁵ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., pp. 1852.

¹²⁶ 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», cit., pp. 264-265. Este autor sostiene que «cuando el juez penal enjuicia ese elemento, ha de hacerlo con criterios estrictamente de Derecho Administrativo y nada más que de Derecho Administrativo, como le ordena el artículo 7 de la Ley de enjuiciamiento criminal».

¹²⁷ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 1.

ras, por existir resolución arbitraria, cuando la actividad es reglada, se producirá una infracción de la norma; si es discrecional, habrá desviación de poder¹²⁸. Según QUINTERO OLIVARES «la desviación de poder es el uso y ejercicio de la competencia administrativa con un fin distinto del que otorga la ley (...) también puede aparecer cuando el acto no persigue un interés público sino un interés distinto o cuando la administración actúa persiguiendo un fin diferente del que establece la ley»¹²⁹. La desviación de poder puede darse tanto cuando se persigue un fin público como cuando se busca un interés privado.

Lo esencial, independientemente de la forma que adopte la resolución, es que ésta posea un carácter decisorio y eficacia ejecutiva. Los actos administrativos que carezcan de dicho contenido decisorio quedarán excluidos del tipo penal. En principio, únicamente los actos resolutorios de carácter definitivo —es decir, aquellos que deciden sobre el fondo del tema sometido al juicio de la Administración—, podrían alcanzar dimensión típica, pero no los actos de trámite que impulsan o preparan la resolución final (vid. STS 507/2020, de 14 de octubre —ECLI:ES:TS:2020:3191). Es preciso que el acto dictado afecte a los derechos de los administrados¹³⁰; por regla general, un acto de trámite no surte efectos directos sobre los ciudadanos¹³¹.

Aunque, como se ha dicho, la resolución debe presentar contenido decisorio, no es necesario que sea firme ni que ponga fin al procedimiento administrativo agotando esta vía¹³². En cuanto a la resolución que decide sobre el fondo, basta con que sea definitiva en la instancia, aunque contra ella pueda interponerse recurso (cfr. STS de

¹²⁸ SERRANO TÁRRAGA, M.D., «Delitos contra la Administración pública, 1», en LACRUZ LÓPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M. (coords.), *Tutela penal de las administraciones públicas*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2015, pp. 222-223. En el mismo sentido, vid., SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», cit., p. 252.

PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», cit., p. 3526.

¹²⁹ QUINTERO OLIVARES, G., «La prevaricación y el abuso de poder», *Cuadernos de política criminal*, n.º 132, diciembre 2020, pp. 19-20.

¹³⁰ ORTS BERENGUER, E., «Artículo 404», cit., p. 1778.

¹³¹ Cfr. CASTRO LIÑARES, D., «Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre», cit., p. 5.

¹³² ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 678; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1088. Este autor señala que «es indiferente (...) el momento procesan en el que se produce (no es necesario que la decisión cierre definitivamente el procedimiento principal, no siempre abre la vía de recursos administrativos y puede tratarse de actos de trámite)». Vid. también ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», cit., p. 641 (digital).

28 de diciembre de 1995 — ECLI:ES:TS:1995:6724)¹³³. Para la consumación del delito, tampoco es preciso que la resolución sea firme, resultando irrelevante asimismo que haya sido confirmada o revocada por el superior jerárquico (STS 749/2022, de 13 de septiembre — ECLI:ES:TS:2022:3258).

Una propuesta de resolución, por su parte, en palabras de C. MIR PUIG, «constituye un acto de trámite y sólo será “resolución” cuando sea aceptada o confirmada por el órgano que sí tiene poder decisorio»¹³⁴.

Sobre la consideración de los reglamentos como resoluciones, la doctrina se encuentra dividida. En la jurisprudencia, hay una línea que lo admite (cfr. STS 482/2020, de 30 de septiembre — ECLI:ES:TS:2020:3893). La opinión doctrinal mayoritaria, en cambio, defiende que las leyes, las disposiciones generales y los reglamentos no deben ser considerados resoluciones¹³⁵.

Las mayores dudas se plantean en relación con los actos de trámite. Desde el punto de vista administrativo, los actos de trámite son aquellos que preceden a la resolución final o de fondo y que sirven para prepararla y garantizar su corrección¹³⁶. Algunos actos de trámite, concretamente aquellos a los que se refiere el art. 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, son susceptibles de producir por sí mismos efectos jurídicos. Dichos actos de trámite, conocidos como cualificados, son directamente impugnables.

Un sector de la doctrina científica admite, con razón a nuestro juicio, que ciertos actos de trámite pueden ser considerados como resoluciones, siempre que posean contenido decisorio y afecten a los derechos de los administrados, ya que en esos casos guardan afinidad con los actos definitivos¹³⁷. Un ejemplo claro es el acto por el que se exclu-

¹³³ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 43.

¹³⁴ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., pp. 46-47.

¹³⁵ Por todos, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., pp. 1852; GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., pp. 109-110. Admitiendo, en cambio, los reglamentos, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1127; MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3026.

¹³⁶ BLANCO MONTAÑÉS, A., «¿Prevaricación administrativa por razón de normas y proyectos normativos? En torno al concepto de “resolución” del artículo 404 del Código Penal (con especial referencia al caso de los ERE)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 240, segundo trimestre de 2025, p. 3.

¹³⁷ De esta idea, entre otros, ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 679; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de pre-

ye a una persona de un proceso selectivo, impidiéndole continuar en el procedimiento, o el acto de incoación de un expediente disciplinario en el que se acuerda una medida cautelar de suspensión de empleo y sueldo (cfr. STS 409/2020, de 20 de julio — ECLI:ES:TS:2020:2496). Esta interpretación se ve reforzada por el hecho de que el precepto legal que nos ocupa sólo habla de «resolución», sin exigir en ningún momento que la misma sea definitiva (es decir, la que se pronuncia sobre el *thema decidendi*)¹³⁸. La jurisprudencia, por su parte, estima, coincidiendo con esta opinión, que «si los actos de trámite tienen contenido decisorio y están dictados por un funcionario en el ejercicio de su cargo y dentro del ámbito administrativo son resoluciones» (STS 38/1998, de 23 de enero — ECLI:ES:TS:1998:320; SAN 27/2024, de 5 de diciembre — ECLI:ES:AN:2024:6184). Quedarían al margen los actos de trámite meramente preparatorios o impulsores de la resolución final. En consecuencia, aunque no sean actos definitivos, algunos actos de trámite podrían tener contenido decisorio y, en ese orden de cosas, habría que calificarlos y tratarlos como resoluciones, pudiendo ser el funcionario que los emite condenado como autor de un delito de prevaricación si concurren todos los demás elementos típicos.

En la jurisprudencia, se ha ido ampliando progresivamente en los últimos años el concepto de resolución, yendo más allá incluso de la admisibilidad de ciertos actos de trámite como actos resolutorios. En la STS 163/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:881), se consideró que pueden tener la consideración de prevaricadores los actos administrativos previos orientados a influir indebidamente en la voluntad del órgano decisor —en ese caso, se trataba de informes mendaces— cuando se actúa con conocimiento de que dicho órgano dictará la resolución en ese mismo sentido.

En esa resolución se observa que «en el *iter* que supone el expediente administrativo, y se plasma en la resolución formal final confluyen y concurren determinados actos de relevancia que integran el

varicación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 12, en especial; CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 51; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», cit., p. 1541. Para MANZANARES SAMANIEGO, «sucede, no obstante, que no todos los actos se “dictan” necesariamente, lo que dificulta tal interpretación. Tampoco satisface el requisito de que el acto dimanase de una resolución. Los tipos penales no deben ser interpretados extensivamente». «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 1.

¹³⁸ En este sentido, GRANADOS PÉREZ, C./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Contestaciones al programa de Derecho penal parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal*, cit., p. 367.

delito de prevaricación. Y ello, en base a la “eficacia determinante” del acto o informe desplegado, que coadyuva a la decisión final que se dicta “a sabiendas de su injusticia”. De esta manera, puede afirmarse que estos actos o informes relevantes se integran en un todo, conformando un tracto sucesivo en la comisión del delito del art. 404 CP, de tal manera que suponen, y podrían calificarse como “eslabones de relevancia” en la decisión final, y que son, también, como podríamos denominarlos, “decisiones interlocutorias de alto grado y de carácter relevante en la resolución final que se adopta”. De esta manera, un informe concluyente y relevante de alta eficacia en la decisión final elaborado en un expediente administrativo puede calificarse como “resolución” en el marco del tipo penal del art. 404 CP, y dentro de la amplitud conceptual con la que esta Sala está considerando en la cadena del tracto sucesivo del expediente administrativo estas decisiones interlocutorias, pero con eficacia en la resolución final del propio expediente».

Asimismo, en la STS 359/2019, de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2355), se estimó que los informes vinculantes pueden tener la consideración de resolución a efectos penales. Observamos en esta sentencia que «excepcionalmente pudieran valorarse como resoluciones cuando son vinculantes y quien dicta la resolución necesariamente actúa condicionado por el sentido del informe y debe ajustarse en un todo a sus términos, sin posibilidad de decidir de forma distinta». A ello se añade que «en los demás casos, cuando el informe no es vinculante, su existencia, e incluso su carácter convincente, no excluye la responsabilidad de un órgano distinto al informante que es quien debe dictar la resolución»¹³⁹.

Particularmente en el caso de los informes, la doctrina se muestra contraria a que puedan ser reputados como resoluciones, incluso cuando son vinculantes¹⁴⁰, lo cual no impide, sin embargo, que pueda sancionarse a su emisor como partícipe del delito cometido por quien, con facultades para ello, dicta la resolución¹⁴¹. Bajo la opinión de VIRTO LARRUSCAIN, la conducta de quien se limita a informar sería impune por atipicidad; aunque matiza esta autora que «puede constituir como mucho un acto preparatorio impune si esa

¹³⁹ Vid. con antelación la STS de 17 de febrero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:858).

¹⁴⁰ Por todos, VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., pp. 131 y 144-145; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., p. 1853; CASAS HERVILLA, J., *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos. Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, cit., p. 191.

¹⁴¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 50 y 53.

clase de delito no lo castiga expresamente»¹⁴². FEIJOO SÁNCHEZ, en la misma línea, y desde la perspectiva de quién puede ser autor del delito de prevaricación, señala que «los funcionarios que intervienen en el procedimiento administrativo mediante informes, asesoramiento o propuestas que favorecen las resoluciones no pueden ser considerados autores del delito de prevaricación. Estas personas no resuelven»¹⁴³. De la misma opinión que el anterior es ROLDÁN BARBERO¹⁴⁴ en relación con aquellos funcionarios que intervienen en el procedimiento administrativo mediante informes, propuestas o aprobaciones iniciales.

El punto álgido de esta interpretación extensiva del término «resolución» se alcanza con la STS 749/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258). Según esta sentencia, debe entenderse por resolución «no sólo el acto que pone fin al procedimiento y resuelve definitivamente la cuestión que se ventile, sino también aquellos otros actos que a pesar de no ser conclusivos tengan un contenido material sustantivo de suerte que resuelvan sobre el fondo en algún aspecto fundamental para la resolución final del procedimiento». Asimismo, se indica allí que «los pronunciamientos de esta Sala permiten sostener que el concepto de resolución al que alude el artículo 404 CP no se reduce a la decisión que pone fin a un procedimiento administrativo, sino que puede extenderse a actuaciones posteriores que ejecutan la resolución y actuaciones anteriores de relevancia que hayan sido imprescindibles para adoptar la resolución final quebrantando los controles establecidos en la ley»¹⁴⁵.

En esta sentencia se estimó que la elaboración de anteproyectos de ley y su posterior aprobación como proyectos de ley quedan inclui-

¹⁴² VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., pp. 141, 151 y 133. Vid. también PAZ RUBIO, J.M./COVIÁN REGALES, M., «Artículo 404», cit., p. 3830. Según CATALÁN SENDER, «si el funcionario evacuó un informe injusto, pero la resolución no llegó a dictarse, dicho funcionario podría responder aún como provocador del delito, pero sólo en el caso de que el informe se hubiera declarado previamente como vinculante, teniendo cabida en este delito». *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 42.

¹⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1089.

¹⁴⁴ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 673.

¹⁴⁵ Según CADENA SERRANO, «a la vista de los hechos de este caso y de la argumentación de las sentencias, podría considerarse que también tiene eficacia determinante la voluntaria omisión de la incorporación al expediente de documentos o informes que deberían haberse unido, y que determinarían que no se hubiera adoptado la resolución arbitraria, es decir una omisión intencionada». «Ampliación de la interpretación del concepto de “resolución” en el delito de prevaricación», *Diario La Ley*, n.º 9468, 2019, p. 13.

dos bajo el concepto de resolución; sin embargo, el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 3/2024, de 19 de junio, declaró que, con tal exégesis, se había vulnerado el principio de legalidad (art. 25.1 CE), «por haber efectuado los órganos judiciales cuyas resoluciones se recurren una interpretación y subsunción de los hechos en la norma penal que no se corresponde con la interpretación de los elementos típicos comúnmente aceptada por la comunidad jurídica». El TC consideró que tales actuaciones no constituyen resoluciones y que no se produjeron en el marco de un asunto administrativo, encuadrándose más bien en el ámbito de una función de gobierno. Ciertamente, la jurisprudencia del TS venía sosteniendo de manera pacífica que los actos de gobierno no constituyen asuntos administrativos.

En un ejercicio de notable ampliación del concepto de resolución, se ha llegado a admitir por la doctrina jurisprudencial que algunos actos administrativos previos a la resolución definitiva dentro del expediente administrativo, aunque formalmente de trámite, pueden ser por sí mismos prevaricadores, siempre que constituyan «decisiones» relevantes, que influyan directa y decisivamente en la resolución final o definitiva que se pronuncia sobre el fondo del asunto sometido a la consideración de la Administración. La clave radica en la «eficacia determinante» de dichos actos. El Alto Tribunal entiende que estos actos forman parte del *iter* que conduce a la resolución (final) injusta y arbitraria, hasta el punto de que son los que provocan en realidad que ésta adolezca de ese carácter, adquiriendo por ello su pronunciamiento trascendencia típica. Han sido calificados como «eslabones de relevancia» o «decisiones interlocutorias de alto grado», por su capacidad de influir no sólo en el sentido de la resolución final, sino también —y esto es lo esencial— en cuanto determinan su injusticia y arbitrariedad. En tales supuestos, los responsables del delito, en concepto de autores, serían quienes elaboran efectivamente la propuesta o el informe, pues se considera que han dictado una «resolución».

Ciertamente, existen actos que, aun siendo formalmente de trámite, presentan un contenido inequívocamente decisorio desde el plano material; es decir, son los que verdaderamente dan color a la resolución final que dicta el órgano competente. Si estos actos, pese a que carecen por sí mismos de eficacia jurídica y no afectan a derechos de los administrados, resultan absolutamente determinantes para el desenlace del expediente administrativo, quizá no tenga mucho sentido, por razones eminentemente de justicia material, o de *equidad*, excluirlos del concepto penal de resolución. Máxime cuando, tratándose, por ejemplo, de las propuestas de un tribunal de oposición o de un concurso para la provisión de una plaza en la Administración pú-

blica, o de informes con los que obligatoriamente se debe contar para dictar la resolución, el órgano decisorio se limita en la práctica —sean o no vinculantes— a firmar la resolución, acogiendo íntegramente su contenido. Quienes elaboran informes falsos o proponen de manera arbitraria que la plaza convocada en un concurso sea ocupada por un candidato que no lo merece suelen actuar así porque saben que el órgano competente para decidir se pronunciará en el sentido por ellos indicado, sobre todo si se trata de ámbitos altamente especializados, respecto de los cuales el conocimiento del órgano decisorio es escaso o nulo. El propio procedimiento administrativo favorece que quien emite un informe o propone a un candidato tenga un poder determinante sobre la resolución final. Ello es muy claro, por ejemplo, en el ámbito de la selección del profesorado universitario cuando debe haber concurso: la comisión designada al efecto, que posee conocimientos especializados en la materia a la que se refiere la plaza, valora a los candidatos con un margen significativo de discrecionalidad y propone —con carácter vinculante, además— la provisión de la plaza al rectorado.

No se habla de actos de trámite carentes, en suma, de toda trascendencia, meramente jalonadores del procedimiento, sino de aquellos que verdaderamente configuran el contenido de la resolución que con posterioridad se dicta. El expediente, en verdad, no se resuelve formalmente por quien realiza el acto de trámite, emite el informe o formula la propuesta de contratación; sin embargo, su intervención puede condicionar decisivamente la decisión de fondo, hasta el punto de estar resolviendo materialmente, viciándola en su origen y convirtiéndola por tanto en arbitraria. Desde la perspectiva material, son actuaciones, además de injustas, arbitrarias y calificables como prevaricadoras. En estos casos, ya se produce una actividad administrativa arbitraria que quiebra el normal funcionamiento de la Administración pública¹⁴⁶.

Esta interpretación resulta adecuada desde el punto de vista político-criminal¹⁴⁷, pues de otro modo, si damos por bueno que la resolución sólo es la definitiva, se generaría una relevante laguna de punibilidad en aquellos supuestos en que un órgano administrativo, sin ser consciente de obrar arbitraria e injustamente (porque resuelva engañado, por ejemplo), dicta una resolución de fondo acogiendo el

¹⁴⁶ REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», cit., p. 103.

¹⁴⁷ Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», cit., p. 642 (digital).

contenido de una propuesta ilegal y arbitraria. La autoridad o funcionario que resuelve engañado, verbigracia, por falsificaciones documentales, no prevarica, por más que dicte una resolución arbitraria, como bien ha destacado MUÑOZ CLARES¹⁴⁸.

Con el concepto tradicional de resolución, e incluso con su ampliación a los actos de trámite cualificados, no cabría hablar de prevaricación en la toma o adopción de dicha propuesta (o informe, en su caso), aunque la misma tuviera una eficacia determinante sobre la resolución definitiva.

Lo que se quiere señalar, en conclusión, es que no se podría exigir responsabilidad penal, en concepto de autor, ni a quien dicta la resolución sobre el fondo cuando se limita, en la práctica, únicamente a firmarla, pese a ser arbitraria e injusta, al no concurrir en su caso el elemento subjetivo del tipo, ni a quien elabora el informe o formula la propuesta, en este caso por atipicidad de su conducta, dado que no habrían dictado ninguna resolución. Con el concepto amplio de resolución, dichos actos administrativos previos, en cambio, no quedarían excluidos del ámbito de tutela penal.

El concepto amplio de resolución se ajusta, además, a la realidad procesal de los expedientes complejos y permite una mayor protección frente a actuaciones administrativas arbitrarias.

La duda, sin embargo, es si tal interpretación no desborda la legalidad penal, y, en particular, la garantía de *lex stricta*¹⁴⁹. Se ha apuntado, con fundamento, que la interpretación extensiva genera inseguridad jurídica para los destinatarios de las normas¹⁵⁰. Es muy discutible que una propuesta de adjudicación de una plaza¹⁵¹ o un informe, aun siendo decisivos para el fondo, puedan considerarse como resolución y, por ende, que su emisión pueda reputarse como un acto de prevari-

¹⁴⁸ MUÑOZ CLARES, J., «El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios», cit., p. 12.

¹⁴⁹ Defendiendo la interpretación amplia, MAGRO SERVET, V., «La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», *La Ley Penal*, n.º 164, 2023, pp. 2 y 10 y ss. Y así afirma que «un informe concluyente y relevante de alta eficacia en la decisión final elaborado en un expediente administrativo puede calificarse como “resolución” en el marco del tipo penal del artículo 404 CP».

¹⁵⁰ BLANCO MONTAÑÉS, A., «¿Prevaricación administrativa por razón de normas y proyectos normativos? En torno al concepto de “resolución” del artículo 404 del Código Penal (con especial referencia al caso de los ERE)», cit., p. 13.

¹⁵¹ No parece encontrar problema en ello, en cambio, SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 41.

cación aislado (autónomo), porque carecen de efectos jurídicos y no crean, modifican o limitan derechos. A lo sumo, especialmente en el caso de las propuestas, generan meras expectativas. En definitiva, la propuesta de una comisión de selección no produce efectos jurídicos por sí sola, aunque pueda condicionar de manera decisiva la resolución posterior que sí los generará.

Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que sí que se tipifica expresamente como delictiva la conducta de informar favorablemente en el ámbito de las prevaricaciones específicas de los arts. 320, 322 y 329 CP¹⁵², lo que evidencia que el legislador es consciente de que los informes no son resoluciones y de que, sin una previsión expresa al respecto, no puede sancionarse como autor de un delito de prevaricación a quien los emite. Esta realidad sirve como argumento sistemático para excluir los informes del tipo del art. 404 CP¹⁵³. La tipificación autónoma de la emisión de informes arbitrarios en esos otros preceptos se debe, según CANTERO CERQUELLA¹⁵⁴, a la capacidad de influencia que ejercen sobre la resolución que dictará el órgano competente, especialmente cuando, por lo general, el funcionario responsable de dictar la resolución no es experto en la materia.

A nuestro juicio, aunque no falta quien ha puesto en duda la conveniencia de una reforma legal en tal sentido¹⁵⁵, sólo *de lege ferenda* podría corregirse la laguna de punibilidad aludida¹⁵⁶, pues la conducta de realizar propuestas o informar es, hoy por hoy, atípica desde la perspectiva del art. 404 CP¹⁵⁷. Algunos autores, en esta línea, se han posicionado a favor de la tipificación de la emisión de informes

¹⁵² Vid. REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», cit., pp. 101-102.

¹⁵³ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 46; VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., pp. 132-133. Dando la vuelta al mismo argumento, para incluirlos, GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 11, 1997, p. 360.

¹⁵⁴ CANTERO CERQUELLA, C.J., *La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales*, Reus, Madrid, 2010, p. 245.

¹⁵⁵ Vid. GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», *passim*.

¹⁵⁶ En este sentido, vid., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 371.

¹⁵⁷ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., pp. 103-104; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1994. Vid. también ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», cit., p. 642 (digital).

contrarios a la legalidad administrativa cuando resulten idóneos para condicionar el contenido de las resoluciones que puedan llegar a adoptarse, entre otras razones, por coherencia sistemática e idoneidad para poner en grave y concreto riesgo el bien jurídico tutelado¹⁵⁸. En nuestra opinión, por esas mismas razones, dicha tipificación debería extenderse también a las propuestas formuladas por los tribunales de oposición y las comisiones de selección del personal al servicio de las administraciones públicas. E incluso también a las propuestas de resolución si estas emanan de un órgano distinto de aquel que ostenta el poder decisorio para adoptar la resolución de fondo.

Entre tanto, si una conducta no está tipificada —y esto sucede claramente con las propuestas y la emisión de informes en el delito de prevaricación del art. 404 CP—, el órgano enjuiciador, al acusado por prevaricación por realizar estas conductas, «no tiene más remedio que absolverle, sin caer en la tentación de condenarle mediante una “sentencia creativa”, aun cuando responda a razones de “justicia material”, supuesto que también se puede producir cuando, concurriendo vicios de nulidad como el de una prueba ilícitamente obtenida, por idénticas razones se soslaya la obligada absolución, mediante fraude de ley, algún sesgo cognitivo o, en definitiva, un sofisma, condenando indebidamente al acusado». Así lo ha señalado, con su habitual claridad, el profesor RODRÍGUEZ RAMOS¹⁵⁹.

En definitiva, si no se admite que un acto previo o intermedio pueda ser en sí mismo una resolución, entonces no puede haber autoría —¡no hay delito!, por atipicidad de la conducta— por parte del informante u órgano proponente. Sólo podrían ser sancionados como partícipes, pero siempre que se cumplan los requisitos para ello¹⁶⁰. En el caso de informes o propuestas procedentes de una comisión de

¹⁵⁸ REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», cit., pp. 102-103.

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¿Hacia la vigencia plena de la legalidad penal? Luz y sombras de las SSTC sobre los ERE andaluces», *Diario La Ley*, n.º 10597, 2024, p. 12. Dice este autor, además: «como alternativa a dictar las indebidas “sentencias creativas”, la Sala de lo penal del TS debería ejercer la facultad prevista en el artículo 4.2 CC, instando al Gobierno a que proponga un proyecto de reforma del Código penal tipificando como delito ese comportamiento entonces impune. En el mismo sentido debería también ejercitar la facultad de instar la destipificación prevista en el artículo 4.3. CP» (p. 13).

¹⁶⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1089; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., pp. 1850-1851; CASAS HERVILLA, J., *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos. Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, cit., p. 191 (concretamente en relación con la emisión de informes).

selección de personal o de un tribunal de oposición podríamos estar ante una cooperación necesaria o ante un acto preparatorio¹⁶¹, previsiblemente impune, dependiendo de si finalmente se dicta o no se llega a dictar la resolución por el órgano decisor.

a) *¿Es posible la prevaricación por omisión?*

Se ha debatido ampliamente en la doctrina la posibilidad de que el delito de prevaricación administrativa pueda ser cometido por omisión, esto es, debido a una inactividad por parte de la Administración pública. En lo que respecta, en primer lugar, a la omisión propia o pura, esta posibilidad debe ser descartada, ya que no se encuentra legalmente tipificada ninguna modalidad omisiva de la prevaricación del funcionariado. En cuanto a la omisión impropia (comisión por omisión), son dos los argumentos que conducen también a su rechazo. Por un lado, el verbo típico dictar exige una actuación positiva¹⁶²; es decir, que haya un pronunciamiento expreso de la Administración, una declaración de voluntad, en definitiva, manifestada positivamente. Por otro lado, estamos ante un delito de mera actividad, y no de resultado, lo que impide, *per se*, la aplicación de lo dispuesto por el art. 11 CP, que únicamente habilita a que los delitos de resultado — como es el caso, por ejemplo, del homicidio— puedan ser cometidos por omisión¹⁶³. Consciente de la dificultad de admitir la comisión por omisión, RODRÍGUEZ RAMOS ha propuesto recientemente modificar el texto penal para que diga que «en la misma pena incurrirán si arbitrariamente se abstuvieran de dictar una resolución incumpliendo el deber de acordarla»¹⁶⁴.

Ahora bien, cuando la resolución se entienda dictada por silencio administrativo, ya sea en un procedimiento iniciado de oficio o a instancias de un ciudadano, tras un período determinado de inac-

¹⁶¹ De esta idea, GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 589.

¹⁶² ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 675; ORTOS BERENGUER, E., «Artículo 404», cit., pp. 1778-1779.

¹⁶³ GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 565; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 404», cit., p. 2550.

¹⁶⁴ Vid. GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., pp. 562 y ss.

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Reinterpretación de la prevaricación», *Diario La Ley*, n.º 9692, 2020, pp. 2-3.

tividad (que es de tres meses generalmente), siempre que exista una obligación expresa de resolver —esto es, de emitir una resolución (art. 21.1 y 21.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre)—, que el funcionario incumple deliberadamente, cabe apreciar la comisión del delito de prevaricación¹⁶⁵. La normativa administrativa contempla que una resolución pueda ser dictada por inactividad, reconociéndole idéntica validez jurídica que a un acto expreso, pues se trata de un verdadero acto aunque surja de la inactividad de la Administración en plazo¹⁶⁶, y, además, hay un dominio del hecho por parte del funcionario público, en la medida en que controla el curso del procedimiento y se sirve del silencio para determinar el contenido de la resolución¹⁶⁷. La omisión debe ser un acto arbitrario y el funcionario habrá de actuar con conocimiento de la injusticia de su obrar.

En cualquier caso, sólo el silencio positivo vincula a la Administración, sin que pueda dictarse una resolución posterior en sentido contrario, por lo que únicamente tendría el carácter de resolución, según han hecho notar algunos autores, el acto presunto por silencio administrativo positivo¹⁶⁸. De conformidad con lo dispuesto por el art. 24.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, «la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento». Como dice BLANCO MONTAÑÉS, mayor dificultad presenta la asimilación en el caso de silencio negativo: «la desestimación presunta es una mera ficción legal que no se traduce en la producción de un verdadero acto, siendo su único efecto el de abrir las vías de recurso, pero sin vincular a la Administración *pro futuro*, de forma que ésta puede separarse del sentido desestimatorio del silencio mediante un acto posterior, sin necesidad de un previo procedimiento revisorio»¹⁶⁹. Algunos autores, no obstante, rechazan de manera absoluta la posibilidad de comisión

¹⁶⁵ De esta tesis, por todos, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., pp. 1855-1856. Véase, en cualquier caso, MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., pp. 3023-3025.

¹⁶⁶ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 99.

¹⁶⁷ CASAS HERVILLA, J., *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos. Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, cit., pp. 92-93.

¹⁶⁸ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 48; BLANCO MONTAÑÉS, A., «¿Prevaricación administrativa por razón de normas y proyectos normativos? En torno al concepto de «resolución» del artículo 404 del Código Penal (con especial referencia al caso de los ERE)», cit., p. 3.

¹⁶⁹ BLANCO MONTAÑÉS, A., «¿Prevaricación administrativa por razón de normas y proyectos normativos? En torno al concepto de «resolución» del artículo 404 del Código Penal (con especial referencia al caso de los ERE)», cit., p. 3.

por omisión¹⁷⁰. En esta línea, según MANZANARES SAMANIEGO, «quien calla, nada dicta»¹⁷¹.

De esta manera, tales supuestos de silencio administrativo (positivo), si concurren los requisitos típicos de arbitrariedad y, además del dolo, el elemento «a sabiendas de su injusticia», estarán comprendidos dentro del tipo penal, sin necesidad de recurrir a ninguna construcción omisiva impropia, como destaca MORILLAS CUEVA¹⁷².

Más ampliamente, MAGRO SERVET admite la prevaricación por omisión del funcionario público «bien porque tenga la responsabilidad de dar respuesta a lo que se le está planteando (impedir evitar dar respuesta a quejas ciudadanas justificadas) y no lo haga, bien porque sea garante de evitar las irregularidades y adopte una postura de no hacer o no actuar»¹⁷³. En todo caso, según señala, la omisión debería considerarse equivalente al dictado de la resolución¹⁷⁴.

En la jurisprudencia del TS, se aprecia que «es admisible la posibilidad de cometer delito de prevaricación por omisión en determinados supuestos, siempre que fuera imperativo para el funcionario o cargo público dictar una resolución y no lo hizo a sabiendas de que esa omisión producía un injusto, cual es el resultado materialmente producido que consta en los hechos probados» (STS 493/2023, de 22 de junio — ECLI:ES:TS:2023:2900). En ocasiones, para admitir la prevaricación por omisión, se recurre a la aplicación de lo previsto por el art. 11 CP (cfr. por todas, STS 449/2003, de 24 de mayo — ECLI:ES:TS:2003:3522), a pesar de no ser esta una solución dogmáticamente correcta, dado que no estamos ante un delito de resultado.

¹⁷⁰ En este sentido, por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., pp. 40 y ss.; VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 146; GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., pp. 566 y ss.

¹⁷¹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 2.

¹⁷² MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 865.

¹⁷³ MAGRO SERVET, V., «La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», cit., p. 2.

¹⁷⁴ MAGRO SERVET, V., «La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», cit., p. 8.

b) Arbitrariedad e injusticia de la resolución

El vigente Código Penal, en comparación con el anterior (cfr. art. 358.1 CP 1973), sustituyó en la redacción típica las expresiones «resolución injusta» por «resolución arbitraria» y el mero «a sabiendas» por «a sabiendas de su injusticia».

La resolución debe ser injusta y arbitraria¹⁷⁵, entendiendo por lo primero manifiestamente ilegal. Esto indica que el legislador, aunque sin prescindir del requisito de la injusticia, ha querido exigir algo más que la simple injusticia del acto —sea esta adjetivada como se quiera— para que pueda considerarse que se ha cometido un delito de prevaricación. Ese «algo más» es la arbitrariedad. Ambos conceptos, pese a lo que suele afirmarse no son sinónimos ni intercambiables¹⁷⁶.

Por definición, para que exista prevaricación, la resolución debe ser ilegal. Si la decisión es injusta, pero no arbitraria, o si ha sido dictada arbitrariamente pero no es ilegal (o, más precisamente, no lo suficientemente ilegal), no debería activarse la respuesta penal¹⁷⁷. Por lo tanto, la resolución debe ser injusta y, además, arbitraria en la forma en la que se procede a su adopción¹⁷⁸. La ilegalidad o injusticia es condición necesaria, pero no suficiente para integrar la tipicidad;

¹⁷⁵ De este entendimiento, por todos, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, 11.^a ed., Dykinson, Madrid, 2006, pp. 785-786.

¹⁷⁶ Sí, en cambio, para la doctrina mayoritaria. Entre otros: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 945; SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», cit., p. 247; AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos*, cit., p. 221; NIETO MARTÍN, A., «Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos», cit., p. 343; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 607; PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», cit., p. 3526.

¹⁷⁷ QUINTERO OLIVARES señala, en este sentido, que «lo cierto es que una resolución puede ser “arbitraria” (p.e., se deniega a un ciudadano lo que, en cambio, se ha concedido a otros, siempre en el ámbito de las decisiones discrecionales) pero no clamorosamente injusta, por lo que la arbitrariedad no basta para componer el delito». «La prevaricación y el abuso de poder», cit., p. 16.

¹⁷⁸ Dice, por su parte, GARCÍA ARÁN que «la relación entre injusticia y arbitrariedad que aparece en el art. 404 (...) puede entenderse como una resolución claramente opuesta a la legalidad (injusta) que se castiga cuando es, además, arbitraria, es decir, dictada con absoluto apartamiento de las normas no sólo sustantivas, sino también procedimentales esenciales y, sobre todo, de los principios constitucionales que, junto al de legalidad, dominan la actuación de la Administración». «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», cit., p. 358.

la resolución debe ser además arbitraria¹⁷⁹. Así, según ha dicho OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, «una “resolución arbitraria” es, en consecuencia, una resolución injusta dirigida por la voluntad y que adolece de un fundamento razonable»¹⁸⁰. Arbitraria es aquella actuación caprichosa, sin base legal, en la que la voluntad del sujeto que la realiza se impone sobre el contenido de las previsiones legales aplicables al caso concreto¹⁸¹. La modificación realizada por el legislador de 1995 supondrá limitar el alcance del tipo, en comparación con la normativa anterior. Si no se cumplen tales requisitos, sólo podrá intervenir el derecho administrativo. En cualquier caso, en la práctica, resulta difícil que lo arbitrario no sea también injusto, pues, como afirma GONZÁLEZ CUSSAC, «toda resolución arbitraria ataca directa o indirectamente los arts. 9,1º,3; 103 y 106 CE»¹⁸².

En la doctrina, se ha llamado la atención acerca de que «es muy difícil de apreciar lo que es injusto. Téngase en cuenta que hay resoluciones que se modifican por el órgano superior al que se acude en recurso; el derecho es discutible y con frecuencia cabe más de una interpretación»¹⁸³. En realidad, no solamente eso, sino que todo texto legal deja un margen a la interpretación —es más, esta siempre es necesaria—, con lo que excluye soluciones unívocas¹⁸⁴.

La injusticia equivale a contrariedad a derecho, oposición a la legalidad que debe valorarse desde la perspectiva del derecho positivo y del sistema de fuentes constitucional¹⁸⁵. Doctrina mayo-

¹⁷⁹ En este sentido, FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1994: «El vigente artículo 404 restringe el ámbito de lo punible a las que sean “arbitrarias”, entendiendo por tales las que, además de ser contrarias a Derecho, impliquen un menoscabo intolerable de la ley, un ejercicio arbitrario del poder que soslaye la proscripción expresamente prevista en el artículo 9.3 de nuestra Ley Fundamental».

¹⁸⁰ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 19.

¹⁸¹ Cfr. GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», p. 571.

¹⁸² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 404», p. 2548. Dice, en cambio, MANZANARES SAMANIEGO que «toda injusticia es arbitraria». «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 2.

¹⁸³ SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., 785.

¹⁸⁴ CUELLO CONTRERAS, J., «Jurisprudencia y prevaricación», *Diario La Ley*, 1993, p. 13.

¹⁸⁵ Por todos, SÁNCHEZ OCAÑA, R., «Artículo 358», cit., p. 680; MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», cit., pp. 383-384; ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672; VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 155; MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevari-

ritaria y jurisprudencia coinciden en que el acto debe ser objetivamente injusto (cfr. por todas, STS 600/2014, de 3 de septiembre — ECLI:ES:TS:2014:3522), por lo que no resulta determinante, en orden a configurar el requisito de la injusticia, la concepción subjetiva que el funcionario que resuelve tenga acerca de lo justo y lo injusto¹⁸⁶. Es irrelevante que el derecho se considere materialmente justo o injusto, presuponiendo, a estos efectos, que es justo todo lo positivizado¹⁸⁷. Un criterio básico para medir la injusticia, de acuerdo con MARTÍNEZ ARRIETA¹⁸⁸, es la adecuación de la actuación del funcionario a los principios constitucionales.

Conforme a la teoría objetiva, «una resolución dictada por funcionario público que sea conforme a Derecho, nunca podrá ser constitutiva del delito de prevaricación, aunque el funcionario se aparte de su convicción jurídica»¹⁸⁹. Si el funcionario creyera erróneamente que está dictando una resolución objetivamente injusta cuando en realidad la misma es objetivamente correcta, dicho error deberá ser considerado como un caso de delito putativo o imaginario impune¹⁹⁰.

PEDREIRA GONZÁLEZ, por su parte, opina que puede cometerse prevaricación «no sólo por sobrepasar los límites del ordenamiento jurídico (teoría objetiva tradicional), sino también por dictar una resolución que no sea la que más favorezca los intereses generales, aun cuando se halle dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles»¹⁹¹.

cación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 865; MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3028; SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 378; SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», p. 249.

¹⁸⁶ De otra forma, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 2: «En rigor, el componente subjetivo del delito deja fuera del tipo al funcionario que cree justa su resolución pese a su difícil compatibilidad con el ordenamiento positivo. De ahí que el Tribunal Supremo se haya inclinado en los últimos años por objetivar la solución del problema con la simple comparación entre el proceder del acusado y lo que habría sido, en su opinión, la conducta correcta. Es una interpretación, en contra del reo, que se aparta del tenor literal del precepto».

¹⁸⁷ CUELLO CONTRERAS, J., «Jurisprudencia y prevaricación», cit., p. 10.

¹⁸⁸ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3031.

¹⁸⁹ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 51.

¹⁹⁰ Por todos, MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», cit., p. 389; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1997.

¹⁹¹ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., «Prevaricación (delitos de)», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 1, 2011, p. 163.

En relación con las normas de contenido impreciso y los supuestos de decisiones sobre facultades discrecionales, la teoría objetiva ha sido complementada por el Alto Tribunal con la teoría de la infracción de deber, con lo cual, existe «la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento» (STS 102/2009, de 3 de febrero — ECLI:ES:TS:2009:923). En la doctrina también se ha propuesto acudir a esta teoría en los casos de leyes multívocas y discrecionales¹⁹².

Por otra parte, existe un muy amplio consenso doctrinal, al cual nos adherimos, en cuanto a que la injusticia no equivale a mera o simple contravención legal o irregularidad administrativa. No toda irregularidad será constitutiva de delito¹⁹³. La injusticia debe entenderse como la ilegalidad mayúscula¹⁹⁴, de tal modo que, para merecer tal calificativo, la resolución enjuiciada debería hallarse —podemos expresarlo así— en franca, tosca y resonante contradicción con el ordenamiento legal¹⁹⁵.

La injusticia constituiría, por lo tanto, una especie, un *plus*, respecto de la simple ilegalidad (cfr. ATS 718/2003, de 11 de abril —

¹⁹² MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», cit., p. 384.

¹⁹³ Por todos, OLIVAS MORILLO, P.L., «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», *La Ley Penal*, n.º 175, julio-agosto 2025, p. 3.

¹⁹⁴ Expresión que emplea MELÉNDEZ SÁNCHEZ: «Cuando resulte interpretable la legalidad de la resolución dictada, cuando no se produzca ese clamoroso o flagrante quebranto de la legalidad, estaremos ante una infracción administrativa, pero no infracción de carácter penal que queda reservada para la infracción mayúscula de la legalidad». «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1.002.

¹⁹⁵ GARCÍA ARÁN, por su parte, considera que la injusticia es «una ilegalidad burda, evidente y expresiva del desprecio por los principios que rigen la actuación administrativa, de los que se desvía abiertamente». «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», cit., p. 360. Según MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, la resolución «debe presentar una contradicción con el ordenamiento jurídico patente, notoria e incuestionable, apartándose de manera flagrante y llamativa de la normativa que regula sus aspectos esenciales, de modo que no exista ningún método de interpretación racional que permita sostener el criterio adoptado por el funcionario». «Artículo 404», cit., p. 1853. De manera similar a los anteriores, DE LA MATA BARRANCO, N.J., «*El funcionario público ante el Derecho penal*», cit., p. 29. ROLDÁN BARBERO señala que la injusticia debe ser significativa: «aquella que contradice un principio esencial del ordenamiento jurídico». «De la prevaricación administrativa», cit., p. 682.

ECLI:ES:TS:2004:3308A)¹⁹⁶. Se trataría, en definitiva, de una ilegalidad (muy) cualificada o agravada. GARCÍA ARÁN, cuyas palabras ilustran muy bien esta idea, ha señalado que «no cabe resolución injusta sin apartamiento de la legalidad, o bien, la ilegalidad de la resolución es el primer elemento de su injusticia»¹⁹⁷.

Si la resolución es conforme a Derecho, nunca podrá existir delito de prevaricación; si es ilegal, podría haberlo, pero sólo si dicha ilegalidad es severa. Este es el primer requisito para determinar si procede superar el mero control administrativo de la resolución, al que se añadirá adicionalmente la arbitrariedad¹⁹⁸ y, en el plano subjetivo, la actuación dolosa y que el funcionario obre «a sabiendas de su injusticia»¹⁹⁹, conformando así una tríada de exigencias, cuya no presencia, total o parcial, impide apreciar el delito de prevaricación²⁰⁰. Esta interpretación, desde luego, es razonable desde la perspectiva de los principios de mínima intervención y *ultima ratio* del Derecho penal. De no diferenciar adecuadamente entre injusticia y arbitrariedad, se correría el riesgo de castigar penalmente el dictado de resoluciones que, aunque groseramente injustas, no sean arbitrarias, lo que excedería los límites del tipo penal.

Una interpretación jurídicamente posible de la norma no desbordaría los contornos de la infracción administrativa. En este sentido, dice C. MIR PUIG que no prevaricaría el funcionario que acoge una interpretación minoritaria entre la doctrina, siempre que no suponga un torcimiento del derecho²⁰¹. Toda interpretación que se encuentre dentro del sentido literal posible de la norma es válida²⁰².

¹⁹⁶ Cfr. GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, cit., p. 178.

¹⁹⁷ GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», cit., p. 359.

¹⁹⁸ Vid. de esta idea RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos contra la administración pública. Delincuencia administrativa. Cuando el representante de la Administración participa en el delito*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 65.

¹⁹⁹ En cuanto a la exigencia de todos los elementos, GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 75.

²⁰⁰ Cfr. OLIVAS MORILLO, P.L., «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», cit., pp. 4-5.

²⁰¹ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 79. En el mismo sentido, NIETO MARTÍN, A., «Artículo 404», cit., p. 871.

²⁰² CUELLO CONTRERAS, J., «Jurisprudencia y prevaricación», cit., p. 13.

Cuando la resolución no sólo es injusta, sino también arbitraria, nos situaríamos ya en el ámbito propio de actuación del Derecho penal. Así, es posible afirmar que «la Jurisdicción penal trata de sancionar supuestos límite en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria»²⁰³.

En otro orden de cosas, el empleo de la locución «arbitraria» se compadece mejor con la interdicción de la arbitrariedad que establece el art. 9.3 CE²⁰⁴, y con la esencia misma del delito, que, compartiendo la opinión de GONZÁLEZ CUSSAC, «reside en el ejercicio caprichoso del poder»²⁰⁵. Parece, finalmente, más adecuada para abarcar los casos de desviación de poder, debiendo tenerse en cuenta que, como hace notar GARCÍA ARÁN²⁰⁶, los amplios márgenes de discrecionalidad de que goza la Administración en el ejercicio de sus funciones constituyen la regla y no la excepción.

La jurisprudencia ha establecido que, para que la ilegalidad adquiera relevancia penal, debe ser «patente, grosera, esasperante, clamorosa, notoria y manifiesta» (STS 537/2002, de 5 de abril — ECLI:ES:TS:2002:2436). En la STS de 2 de noviembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:5462), se valoró que la actuación del acusado, alcalde accidental que firmó un decreto de concesión de licencia de obras para la edificación de viviendas sobre terrenos pendientes de calificación, alzando la suspensión de las mismas, sin prescindir no obstante del procedimiento ni de los informes preceptivos, «es formalmente ilegal pero no materialmente injusta —en el sentido propio del delito de prevaricación— al no constituir un torcimiento del Derecho tan patente y grosero que pueda ser apreciada por cualquiera». FERNÁNDEZ CABRERA, sin embargo, considera que semejante exigencia sitúa el umbral de relevancia penal en un nivel excesivamente alto, «difícilmente alcanzable por cualquier resolución»²⁰⁷.

A mayor abundamiento, el TS ha precisado que se requiere «una discordancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de

²⁰³ COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», cit., pp. 945.

²⁰⁴ Vid. SÁNCHEZ PARRA, F.J., «El delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal: exigencias jurisprudenciales», *RGDP*, n.º 7, 2007, p. 1.

²⁰⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra la Administración Pública (I)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 737.

²⁰⁶ GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», cit., p. 359.

²⁰⁷ FERNÁNDEZ CABRERA, M., «El delito de prevaricación: un antes y un después de la crisis económica», cit., p. 210.

explicación razonable» (por todas, STS 654/2004, de 25 de mayo — ECLI:ES:TS:2004:3570). En consecuencia, la injusticia debe ser de una notoriedad manifiesta, apreciable por cualquiera, es decir, por el hombre medio, y sobre la cual no quepa duda razonable²⁰⁸. Se pone el acento, por lo tanto, en la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el derecho²⁰⁹. FERNÁNDEZ CABRERA se muestra muy crítica con esta interpretación restrictiva, considerando que «la idea de que cualquiera pueda percatarse de la existencia de una ilegalidad parece esconder tras de sí el hecho de que se permite prevaricar al funcionario siempre que lo haga de forma discreta, sin que se note el carácter injusto o arbitrario de la resolución»²¹⁰.

Según el criterio mantenido inveteradamente por el Alto Tribunal, para que haya prevaricación «no puede tratarse de resoluciones discutibles, erróneas o no acomodadas a Derecho, pues lo que se exige es ese “plus de antijuridicidad”, de modo que la injusticia de la resolución sólo se producirá si no existe método racional de interpretación que permita sostener el criterio adoptado, o lo que es lo mismo, un puro torcimiento del Derecho» (STS 930/2008, de 18 de diciembre — ECLI:ES:TS:2008:6789). A ello se añade que «el Derecho tiene remedios ordinarios para resolver las dudas sobre la aplicación de las normas y corregir los errores que puedan producirse en tal aplicación, remedios centrados esencialmente en el sistema de recursos» (STS de 22 de septiembre de 1993 — ECLI:ES:TS:1993:6119).

Han señalado con acierto, en esa misma línea de la doctrina del Tribunal Supremo, GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ORTS BERENGUER/ROIG TORRES que «no ha de perderse de vista que, a menudo, se dictan resoluciones por las diferentes Administraciones que, con posterioridad, son anuladas por una instancia jerárquica superior o por la jurisdicción contencioso-administrativa, por considerarlas jurídicamente incorrectas o mal fundadas; y no por eso, quienes las han dictado son autores de una prevaricación. En el ordenamiento jurídico se toleran unos márgenes de error, se admite que

²⁰⁸ En la doctrina, esta es también la opinión mayoritaria. Por todos, SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», pp. 247-248; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», cit., p. 1542.

²⁰⁹ MAGRO SERVET, V., «La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», cit., p. 5.

²¹⁰ FERNÁNDEZ CABRERA, M., «El delito de prevaricación: un antes y un después de la crisis económica», cit., p. 211.

un servidor público no acierte en la aplicación de unas normas a la hora de resolver un caso»²¹¹.

El delito de prevaricación no surge, sin más, de una interpretación o aplicación errónea de las normas jurídicas, para cuya corrección el derecho positivo arbitra un sistema de recursos, ni tampoco del hecho de que una resolución administrativa sea finalmente anulada en vía de recurso. Con los recursos se «pone de manifiesto que el propio sistema parte de la posibilidad de que se dicten sentencias contrarias a la ley, para las que se prevé una solución distinta a la responsabilidad penal del juez»²¹². En palabras del Alto Tribunal, «no todo acuerdo incorrecto porque vulnera disposiciones administrativas, ha de ser considerado injusto a los efectos jurídico-penales que ahora se estudian, aunque la misma cause perjuicios, aunque genere controversias encendidas» (STS 798/1995, de 10 de junio — ECLI:ES:TS:1995:3358).

Si persisten dudas razonables sobre la contrariedad al derecho de la resolución, debe descartarse la intervención del Derecho penal²¹³. Así lo valora, con buen criterio a nuestro juicio, la jurisprudencia: «si existiera alguna duda razonable, desaparecería el aspecto penal del hecho acaecido, para quedar entonces reducida la cuestión a una mera ilegalidad, del orden que fuere, a depurar en los correspondientes procedimientos administrativos» (STS 278/1995, de 5 de marzo — ECLI:ES:TS:1997:1558).

Los casos de mera ilegalidad no deben desbordar nunca los confines, necesariamente más amplios, del Derecho administrativo, quedando reservados al conocimiento de la jurisdicción penal únicamente los supuestos de verdadera y auténtica injusticia (siempre que la resolución sea, además, arbitraria). El respeto al principio de legalidad no incumbe exclusivamente al Derecho penal, sino también, y, sobre todo, al Derecho administrativo²¹⁴. Según el ATSJ Madrid 40/2013, de 11 de septiembre (ECLI:ES:TSJM:2013:167A), «la intervención de la jurisdicción penal en el análisis de los asuntos administrativos debe ser, en todo caso, subsidiaria, limitada a aquellos casos en los que se aprecia una infracción palmaria de las normas jurídicas, en los que no puede bastar el mero restablecimiento del orden jurídico perturbado a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que

²¹¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MATALLÍN EVANGELIO, A./ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M., *Esquemas de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 317.

²¹² Cfr. SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, cit., p. 378.

²¹³ En la doctrina, por todos, SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», p. 247.

²¹⁴ En este sentido, HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, cit., p. 38.

por la importancia de la transgresión jurídica es necesaria la intervención de la jurisdicción penal para sancionar las graves arbitrariedades cometidas en resoluciones administrativas calificables de injustas».

En numerosas resoluciones, ha afirmado el Alto Tribunal que «el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límites en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder» (STS 2347/2001, de 12 de diciembre — ECLI:ES:TS:2001:9771). Asimismo, se ha establecido que «la Jurisdicción contencioso administrativa tiene por fin propio, la verificación de la legalidad de los actos administrativos y de su adecuación a los valores constitucionales a través del recurso contencioso-administrativo» (ATS de 28 de julio de 2000 — ECLI:ES:TS:2000:5077A).

Como bien ha dicho CADENA SERRANO, «la frontera entre el delito y el ilícito administrativo es particularmente sensible en el delito de prevaricación. Los principios de mínima intervención, fragmentariedad y última *ratio* nos obligan a considerar que no toda ilegalidad administrativa constituye delito. La relación entre las esferas del derecho administrativo y del derecho penal es la propia de círculos concéntricos con un diámetro mayor en la primera de ellas. No todo ilícito administrativo puede constituir delito»²¹⁵.

Si se otorga al Derecho penal un protagonismo que, en términos generales, no le corresponde, permitiendo su intervención ante cualquier infracción del ordenamiento legal, se desdibujan los límites — en este caso— entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa. Esto implicaría que el Derecho penal acabase sustituyendo, *de facto*, el control de legalidad de los actos administrativos que compete a los tribunales del orden contencioso (vid. art. 106.1 CE), cuya intervención resulta, en la mayoría de los casos, suficiente para garantizar el respeto a la legalidad y a los derechos de los ciudadanos, así como para restañar el orden vulnerado. El Derecho penal perdería así su carácter fragmentario y de última *ratio*²¹⁶. La sanción penal debe que-

²¹⁵ CADENA SERRANO, F.A., «Delito de prevaricación», *Diario La Ley*, n.º 9310, 2018, p. 4.

²¹⁶ Dice MUÑOZ CONDE que «también aquí el Derecho penal se rige por el principio de intervención mínima, debiendo reservarse sólo para aquellos casos en los

dar reservada para los supuestos más graves, i.e., aquellos en los que la conducta no se limita a contradecir el derecho, sino que supone un grave ataque a los bienes jurídicos (puesta en peligro o lesión)²¹⁷. Por lo tanto, y como ha señalado CASAS HERVILLA²¹⁸, con la criminalización indiscriminada de los actos administrativos, no sólo se quebraría el principio de fragmentariedad, sino que se produciría una suerte de confusión entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa. A los tribunales penales no les corresponde supervisar la actividad de la administración, sino «examinar la conducta ejecutada por un sujeto determinado al objeto de decidir si la misma resulta penalmente relevante, así como si el infractor merece ser sancionado»²¹⁹.

Un primer criterio para diferenciar, en el delito de prevaricación, entre la infracción penal y la administrativa es la injusticia. A ello se añade, desde el plano objetivo, la arbitrariedad, y, desde la perspectiva subjetiva, el dolo, al que se suma el elemento específico de actuar «a sabiendas de su injusticia». Siendo así, no toda ilegalidad, incluso por grave que sea, justificará la intervención del poder punitivo del Estado a través de los tribunales penales.

Para apreciar la comisión del delito de prevaricación, resulta irrelevante que la resolución cuestionada haya sido declarada nula en sede administrativa o por los tribunales del orden contencioso-administrativo. No es necesario que se haya determinado previamente la ilegalidad del acto (cfr. STS 294/2019, de 3 de junio — ECLI:ES:TS:2019:1801; AAP Valladolid 598/2022, de 19 de diciembre — ECLI:ES:APVA:2022:1407A). Del mismo modo, el hecho de que una resolución pueda ser anulada o corregida mediante recursos administrativos no descarta la existencia del delito, como ha señalado MUÑOZ CONDE²²⁰.

que la actuación administrativa constituye una infracción grave de los principios básicos de la Administración pública, y no una simple ilegalidad o actuación antijurídica que puede ser corregida con otro tipo de instrumentos jurídicos». «Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal», cit., p. 486.

²¹⁷ COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», cit., pp. 946-947.

²¹⁸ CASAS HERVILLA, J., «Análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa», cit., p. 240.

²¹⁹ CASAS HERVILLA, J., «La esencia de lo injusto penal propia del delito de prevaricación administrativa: delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo», *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, n.º 54, 2019, p. 9.

²²⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 977.

A todo lo dicho, debe añadirse que una sentencia penal absolutoria no convalida la ilegalidad de una actuación administrativa²²¹. La valoración que tienen que realizar los tribunales penales se limita exclusivamente a la perspectiva del Derecho penal, y así, en palabras de COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, «cuando se trate de sentencias absolutorias, las consideraciones que se realizan en el marco penal de enjuiciamiento sobre determinadas resoluciones dictadas en asuntos administrativos no pueden interpretarse como un aval a la forma de actuar elegida por la autoridad o funcionario en el caso concreto»²²².

A mayor abundamiento, como ha señalado con insistencia la jurisprudencia, la nulidad de pleno derecho no equivale necesariamente a prevaricación (por todas, STS 331/2003, de 5 de marzo — ECLI:ES:TS:2003:1515)²²³. El tipo del art. 404 CP, como bien explica FERRÉ OLIVÉ²²⁴, está reservado para los hechos más graves y abusivos, por lo que un acto nulo de pleno derecho podría o no dar lugar al delito de prevaricación. En la jurisprudencia subraya la STS 755/2007, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2007:6079), que «no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves».

La intervención del juez penal podría verse motivada por una cuestión prejudicial planteada en un proceso contencioso-administrativo²²⁵. Una sentencia penal condenatoria servirá de fundamento para que la Administración declare la nulidad del acto constitutivo de prevaricación²²⁶. El propio juez penal también podría plantear una cuestión prejudicial devolutiva a un tribunal de lo contencioso-

²²¹ SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», p. 248.

²²² COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», cit., pp. 944.

²²³ En la doctrina, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», cit., pp. 947; SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», cit., p. 242. Según HAVA GARCÍA, sin embargo, «resulta difícil imaginar supuestos en los que un acto nulo de pleno derecho desde el punto de vista administrativo no revista, al mismo tiempo, los caracteres de una “resolución arbitraria” a efectos penales». *Los delitos de prevaricación*, cit., p. 61.

²²⁴ FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Prevaricación», cit., p. 416.

²²⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Desviación de poder y prevaricación administrativa», *Documentación Administrativa. Nueva época*, n.º 5, enero-diciembre 2018, p. 168.

²²⁶ LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Desviación de poder y prevaricación administrativa», cit., p. 168.

administrativo cuando sea complejo encontrar si una resolución es injusta²²⁷. Señala asimismo GARCÍA DE ENTERRÍA²²⁸ que es posible que el juez de lo contencioso-administrativo intervenga a *posteriori*, es decir una vez dictada la sentencia penal, por la vía del art. 3 LE-Crim, cuya decisión, si la conclusión es diferente sobre la ilegalidad del acto, abriría la posibilidad de un recurso de revisión contra la sentencia penal.

La contravención que da lugar a la injusticia puede derivar tanto de la infracción de normas sustantivas como de normas de procedimiento o adjetivas²²⁹. No obstante, debe quedar claramente determinado cuál es el precepto legal o reglamentario infringido, ya que, como ha señalado el Tribunal Supremo, «una resolución de la que se ignora cuál es la norma que habría torcido el órgano aplicador del derecho, no puede ser considerada prevaricante» (STS 1497/2002, de 23 de septiembre — ECLI:ES:TS:2002:6071). La injusticia podría originarse, asimismo, en la vulneración de los principios generales del ordenamiento jurídico, tales como los de igualdad o imparcialidad²³⁰,

²²⁷ MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», cit., p. 43; 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», cit., pp. 265-266. Según la SAP Sevilla 193/2000, de 18 septiembre (ECLI:ES:APSE:2000:3943), «en efecto, como bien apunta la Magistrada a quo, la configuración del delito de prevaricación determina que si puede existir alguna duda razonable acerca de la conformidad a Derecho de la resolución dictada que deba ser dirimida por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo tal situación de auténtica prejudicialidad deberá acarrear, no la suspensión del proceso penal, sino su conclusión por auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, al estar ausente el decisivo elemento típico de arbitrariedad de la resolución; mientras que, por el contrario, cuando dicha arbitrariedad sea apreciable con la seguridad exigible en vía penal, por ello mismo no será precisa la previa decisión del orden contencioso-administrativo sobre la legalidad o ilegalidad de la resolución para determinar la culpabilidad o inocencia del imputado, y el órgano judicial penal podrá pronunciarse al respecto, conforme a los artículos 3 de la Ley de Enjuiciamiento y 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, adquiriendo entonces la pretendida prejudicialidad devolutiva el carácter de un mero efugio tendente a retardar la acción de la justicia penal o a vaciar materialmente de competencia a sus órganos. En el primer sentido expuesto puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1994, y en el segundo la de 20 de enero de 1996».

²²⁸ 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», cit., pp. 267-268.

²²⁹ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 21; VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 156.

²³⁰ Por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1089; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos contra la administración pública. De-*

así como derivar de la infracción de los principios esenciales de la Administración pública²³¹.

La Sala Penal del TS ha expresado, en fórmula de habitual repetición, que la contradicción de la resolución con el derecho puede revelarse «bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder» (STS 727/2000, de 23 de octubre — ECLI:ES:TS:2000:7599). A veces la jurisprudencia matiza que «lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados» (por todas, STS 1497/2002, de 23 de septiembre — ECLI:ES:TS:2002:6071).

Según MARTÍNEZ ARRIETA²³², «en todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario». ORTIZ DE URBINA GIMENO²³³ ofrece algunos ejemplos ilustrativos: la omisión de un trámite de audiencia, la denegación de una concesión sin solicitar informe preceptivo o la ocupación de un terreno para expropiación sin la debida tramitación del expediente. Por su parte, ARRIBAS LÓPEZ²³⁴ aporta un ejemplo referido a órganos colegiados: cuando «no se hayan respetado las reglas esenciales para la formación de la voluntad».

Dado que no siempre es fácil medir la injusticia, ROLDÁN BARBERO ha propuesto «calibrar la repercusión que la resolución ha tenido sobre derechos individuales». Con ello, según estima, «la demostración de la injusticia resultará tanto más palpable»²³⁵. Para VIRTO LARRUSCAIN, el Derecho penal sólo debe intervenir cuando la violación de la legalidad «implique perversión del fin público que la norma contiene o lesión del principio general de prohibición de arbitrarie-

lincuencia administrativa. Cuando el representante de la Administración participa en el delito, cit., p. 65.

²³¹ JUANES PECES, A., «Delitos de los funcionarios públicos», *Diario La Ley*, 1998, p. 2.

²³² MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3030.

²³³ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 373.

²³⁴ ARRIBAS LÓPEZ, J., «Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», cit., p. 7.

²³⁵ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 683. En el mismo sentido, MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», cit., p. 405.

dad y conlleve la lesión o el perjuicio de las expectativas o intereses del ciudadano o el daño de la cosa pública»²³⁶.

En particular sobre la omisión de procedimiento, se ha dicho que esta «ha sido considerada una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones» (STS 512/2015, de 1 de julio —ECLI:ES:TS:2015:3502).

En la STS 259/2015, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1718), tras recordarse que «el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate (STS 1658/2003, de 4 de diciembre)», se dice que «se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 331/2003, de 5 de marzo)». Debería tratarse, en todo caso, de grandes vicios procesales, de la omisión de trámites esenciales del procedimiento que revelen «algo más que el prescindir de las formas»²³⁷.

Entre la doctrina, bajo la opinión de OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, la injusticia puede «consistir tanto en el retraso ocasionado en el dictado de una resolución como en la omisión de un acto necesario para éste, siempre que se sustancien en declaraciones de voluntad. Proceder de la aplicación de una norma no vigente o de una que sea inadecuada. Tener su origen en una dolosa interpreta-

²³⁶ VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 142.

²³⁷ Así COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», cit., pp. 949.

ción incorrecta de las normas aplicables, en una falsa apreciación de los hechos, en una valoración indebida de la prueba o en la ausencia de práctica de ésta. Provenir de la aplicación de una norma inconstitucional o del apartamiento, en el proceso de dictado o en la propia decisión, de los valores e intereses acogidos por la Constitución. Derivar, en fin, de la aplicación de una norma obsoleta»²³⁸. En esta misma dirección, se observa en la STS 52/1993, de 18 de enero de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:97), que «como con acierto señala la doctrina científica, la injusticia de las resoluciones puede consistir en la infracción manifiesta de una norma sustantiva o procesal, en la aplicación de una norma anticonstitucional, en el retraso en la aplicación de una norma anticonstitucional, en el retraso en la aplicación de ella, en la aplicación indebida de una norma inadecuada u obsoleta e, incluso, en la contravención del Derecho suprallegal».

A nuestro juicio, debería existir siempre una (grave) conculcación de normas jurídicas o, al menos, la vulneración de principios generales del derecho y/o de los principios rectores que deben regir la actuación administrativa. En cuanto al tema de los retrasos que admiten algunos autores como causa de injusticia²³⁹, no parece que sea la jurisdicción penal «la que ha de velar ni corregir las infracciones que se puedan producir en el cumplimiento de los plazos administrativos» (AAP Madrid, 405/2009, de 4 de junio — ECLI:ES:APM:2009:8326A). Se comparte, desde aquí, la interpretación restrictiva de un sector de la doctrina bajo la cual el delito de prevaricación no debe alcanzar a aquellos supuestos en los que la Administración simplemente no actúa o incurre en un mero retardo a la hora de remediar o evitar una situación injusta²⁴⁰.

Por otra parte, por lo que antes se dijo, no compartimos que la radical falta de competencia del funcionario que dicta la resolución pueda ser un motivo de injusticia. Lo que persigue el tipo es el abuso de competencias y si no hay competencias, tal abuso no puede darse. Esta invasión de competencias debe ser perseguida a través del delito de usurpación de funciones públicas. Recordemos que lo que se tutela por el tipo es el correcto funcionamiento de la Administración pública, entendiendo por tal el que está sometido a la legalidad

²³⁸ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 21.

²³⁹ Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 21; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 977, si bien matizando que debe ser excesivo; NIETO MARTÍN, A., «Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos», cit., p. 344.

²⁴⁰ ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 607.

formal y material. Aunque admite que la invasión de competencias ajenas puede ser causa de injusticia, porque «supone lesión del bien jurídico protegido y puede ocasionar graves consecuencias», VIRTO LARRUSCAIN estima que la resolución debe contar con un mínimo de apariencia de autenticidad, «pues sino no lograría ser eficaz, de ahí que se suele limitar a los casos en que el funcionario está capacitado para dictar resoluciones de la misma naturaleza»²⁴¹. Desde nuestro parecer, al menos, como han señalado algunos autores, debería tener competencia el órgano al que pertenece el empleado público que dicta la resolución²⁴².

El Alto tribunal admite que la prevaricación puede darse por desviación de poder (SSTS 1/1998, de 23 de mayo — ECLI:ES:TS:1998:3363; 727/2000, de 23 de octubre — ECLI:ES:TS:2000:7599; 647/2002, de 16 de abril — ECLI:ES:TS:2002:2679), en el ejercicio de actividades discrecionales. La incluye reiteradamente entre las posibles formas o causas de injusticia. Hay desviación de poder cuando el titular de una potestad no reglada la ejerce, aunque dentro de sus competencias, con fines ajenos a aquellos que motivaron su atribución. Para la jurisprudencia, «la desviación de poder ha sido definida como la desviación ideológica en la actividad administrativa desarrollada, o como una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza. En definitiva, una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto» (STS 477/2018, de 17 de octubre — ECLI:ES:TS:2018:3688). Y ello, aunque el fin perseguido por el funcionario prevaricante sea el interés público (ATS de 22 de diciembre de 2010 — ECLI:ES:TS:2010:15176A).

Se ha señalado por algún autor que, en el caso de las potestades discrecionales, «es mucho más probable que aparezcan los abusos del poder, cuando quienes lo detentan se apartan de los fines que la norma persigue y llegan a incurrir en flagrantes arbitrariedades»²⁴³. En coherencia con lo antes señalado, la desviación de poder tiene que ser evidente y obscena, sin que haya dudas al respecto, para que constituya una injusticia.

²⁴¹ VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 157.

²⁴² Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 404», cit., p. 2548.

²⁴³ DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, B., «Los abusos de poder: entre la causa invalidante administrativa y el delito de prevaricación», *Revista de estudios económicos y empresariales*, n.º 17, 2005, p. 199.

Hay que indicar que, pese a lo considerado por la jurisprudencia sobre qué supuestos pueden ser constitutivos de injusticia, ésta habrá de determinarse caso por caso, y sin perder de vista el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal²⁴⁴.

En cuanto a la arbitrariedad, que puede estar presente tanto si hablamos de potestades regladas como de potestades discrecionales²⁴⁵, será arbitraria toda resolución que se aparte radicalmente del derecho, sustituyendo la legalidad vigente por la mera voluntad del funcionario que la dicta. La resolución no es, en suma, resultado de la aplicación del Derecho, sino expresión del mero capricho o antojo de quien la adopta, cualquiera que sea la finalidad subyacente —incluso, para algunos autores, si se persigue el interés general²⁴⁶—. Podría darse incluso por exceso de celo²⁴⁷—. Puede entenderse la arbitrariedad, en definitiva, como un ejercicio de poder sin base legal ni razonable²⁴⁸. El hecho de que la resolución esté formalmente motivada es intrascendente. En la jurisprudencia, se tiene dicho que obrar arbitrariamente «es suplantar la ratio y el fin de la norma por las propias y personales razones y finalidades» (STS 1720/2003, de 23 de diciembre — ECLI:ES:TS:2003:8413).

²⁴⁴ En este sentido, por todos, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 786; SERRANO TÁRRAGA, M.D., «Delitos contra la Administración pública, 1», cit., p. 223.

²⁴⁵ Con dudas, sin embargo, CASTRO LIÑARES, D., «Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre», cit., p. 5.

²⁴⁶ En este sentido, por todos, HAVA GARCÍA, E., «Prevaricación de los funcionarios públicos», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 141. Habría que plantear, más bien en ese caso, la posible concurrencia de un estado de necesidad, como bien indica ORTS BERENGUER, E., «Artículo 404», cit., p. 1780.

²⁴⁷ DELGADO SANCHO, C.D., *Responsabilidad penal de políticos y funcionarios públicos*, Colex, Madrid, 2019, p. 48; HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, cit., p. 66.

²⁴⁸ Entre los penalistas, para ORTS BERENGUER, arbitrariedad, es «dictar la resolución que conviene, sea cual sea el motivo, pasando por encima de las leyes, de las formas usuales de interpretarlas y aplicarlas y, normalmente, de los intereses generales». «Artículo 404», cit., p. 1779. Y según QUERALT JIMÉNEZ, «arbitrariedad significa lisa y llanamente que la resolución emitida no es sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular». *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1128.

3. *Elementos subjetivos. La locución «a sabiendas de su injusticia»*

Como es obvio, los aspectos subjetivos sólo podrán analizarse tras determinar con carácter previo la concurrencia de los objetivos²⁴⁹. El delito de prevaricación sólo admite la comisión dolosa. El dolo requiere el conocimiento de todos los elementos que forman parte del tipo objetivo, incluyendo, pues, que se dicta resolución arbitraria en asunto administrativo y que se ostenta la condición penal de funcionario público²⁵⁰. De manera adicional al dolo simple, se exige que el funcionario público haya actuado «a sabiendas de su injusticia». Esta locución, pese a lo que suele afirmarse, se vincula, no al contenido de la resolución, sino al sujeto activo²⁵¹. La exigencia que ahora tratamos constituye un elemento subjetivo del injusto. De no ser así (y si se entendiera que hablamos de la injusticia de la resolución), dicha mención sería redundante y, como tal, innecesaria, aun si con ello quisiera significarse solamente que este delito únicamente puede cometerse con dolo directo. De acuerdo con POLAINO NAVARRETE, se trata de un elemento subjetivo del injusto, pero no referido al ánimo o los móviles del autor, sino que es de carácter cognitivo y consiste «en la constancia cognoscitiva por parte del autor del carácter injusto de su acción»²⁵². Conciencia específica, por lo tanto, del carácter injusto de la acción llevada a cabo por el funcionario, plasmada en el dictado de

²⁴⁹ MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», cit., p. 383.

²⁵⁰ Por todos, PAZ RUBIO, J.M./COVIÁN REGALES, M., «Artículo 404», cit., p. 3841.

²⁵¹ CASAS HERVILLA, J., «Análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa», cit., pp. 259 y 261 y ss.

²⁵² POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», cit., p. 278. Este autor ha sostenido que es posible incluir, dentro de los elementos subjetivos del injusto, una categoría que denomina «elementos subjetivos de especial conocimiento del autor», caracterizados porque las referencias al conocimiento incorporan «un momento psíquico de índole cognitiva del que se hace depender la antijuridicidad de la conducta». *El injusto típico en la teoría del delito*, Corrientes, Argentina, 2000, pp. 137 y ss. En contra de esta interpretación, sin embargo, SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, cit., pp. 347-348.

la resolución²⁵³. Los móviles del sujeto, en todo caso, serán irrelevantes²⁵⁴, aunque pueden ayudar a determinar si hubo arbitrariedad²⁵⁵.

La exigencia de este elemento subjetivo del injusto, cuya ausencia determinará la atipicidad de la conducta, excluye la comisión por dolo eventual²⁵⁶, conclusión que es coherente desde la perspectiva del principio de fragmentariedad del Derecho penal, tal y como ha subrayado C. MIR PUIG²⁵⁷.

La simple adjunción de firma en la resolución no confiere tal elemento subjetivo, como ha destacado POLAINO NAVARRETE²⁵⁸ (cfr. además STS 152/2015, de 24 de febrero ECLI:ES:TS:2015:817).

Debemos dejar constancia, en cualquier caso, de que la doctrina mayoritaria estima que basta con el dolo, admitiendo algunos autores incluso la comisión por dolo eventual²⁵⁹.

D. Autoría y participación en el delito de prevaricación administrativa. Especial consideración de la autoría mediata

En general, la doctrina sostiene que la autoridad o el funcionario público pueden ser autores directos o mediatos del delito de prevaricación. Autor directo o material será quien haya dictado la resolución

²⁵³ GONZÁLEZ CUSSAC quien también entiende que estamos ante un elemento subjetivo del injusto, prefiere hablar de una actitud de desprecio hacia la ciencia jurídica. «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., p. 33. En el mismo sentido, vid. MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 53-54. MESTRE DELGADO estima igualmente que es un elemento subjetivo del injusto, si bien consistente «en el reconocimiento y aceptación de la falta absoluta de justificación legal del contenido de la resolución dictada». «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 550.

²⁵⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., p. 33.

²⁵⁵ Afirma NIETO MARTÍN que «en el caso de decisiones discrecionales, la adopción de una resolución teóricamente admisible pero basada en motivos de venganza debe considerarse injusta». «Artículo 404», cit., p. 871.

²⁵⁶ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 55; POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», cit., p. 278.

²⁵⁷ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 56.

²⁵⁸ POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», cit., p. 278.

²⁵⁹ Por ejemplo, MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., pp. 3029 y 3032.

prevaricadora. La coautoría aparecerá en los supuestos de órganos colegiados, e incluso es posible apreciarla en relación con los actos administrativos de naturaleza compleja, en cuya producción intervienen distintos órganos²⁶⁰. Según MARTÍNEZ ARRIETA, cabe «en los casos en que una pluralidad de funcionarios actúen en la realización del hecho prevaricador concatenando sus actuaciones»²⁶¹. En cuanto a la autoría mediata, ORTS BERENGUER demanda que tanto el hombre de atrás como el instrumento «tengan una vinculación directa con la función pública abusivamente usada»²⁶².

La jurisprudencia insiste en que el delito de prevaricación «solo puede ser cometido por las personas en las que concurra una circunstancia especial, concretamente por quien se encuentre facultado para dictar la resolución administrativa supuestamente prevaricadora (STS 979/2016, de 11 de enero de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:4884). De esta manera, y con buen criterio, «no puede imputarse la autoría, directa, mediata o coautoría, a quien no es el funcionario competente para dictar la resolución» (STS 441/2022, de 4 de mayo — ECLI:ES:TS:2022:1649).

Por lo tanto, no puede ser autor —ni siquiera mediato— del delito de prevaricación quien no ostente la condición de funcionario público en sentido penal; pero, es más, tampoco podrá serlo quien, aun reuniendo dicha condición, carezca de facultades decisorias, propias de su cargo o por delegación.

Un particular ajeno a la función pública nunca puede ser autor del delito del art. 404 CP. Las personas que no reúnan las cualidades especiales exigidas para la autoría, no obstante, podrán ser partícipes del delito cometido por el funcionario *intraneus*, ya sea a título de inducción, cooperación necesaria o complicidad, pudiendo aplicárseles el art. 65.3 CP —aunque, según su tenor literal, únicamente a inductores y cooperadores necesarios, si bien cabría plantear su aplicación por vía de analogía *in bonam partem* al cómplice—, que permite rebajar facultativamente la pena en un grado (por todas, STS 477/2018, de 17 de octubre — ECLI:ES:TS:2018:3688). La participación no se limita a los particulares, sino que también puede darse en el caso de funcionarios sin competencias resolutorias²⁶³ (en la jurisprudencia, cfr. por

²⁶⁰ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., pp. 144-145.

²⁶¹ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3022.

²⁶² ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 707.

²⁶³ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 39; GUERRA

todas STS 740/2013, de 7 de octubre — ECLI:ES:TS:2013:5089). En cualquier caso, debe recordarse, como lo hace CATALÁN SENDER que «si no hay resolución no hay delito de prevaricación y, por ende, tampoco cabrá hablar de inducción o participación del funcionario que informó»²⁶⁴. La resolución a la que se refiere es la del órgano decisorio. Aunque la rebaja punitiva del art. 65.3 CP es facultativa, la Sala Penal del TS postula que «nunca debe operar cuando la responsabilidad de éste es superior o igual a la responsabilidad del intraneus» (STS 441/2022 — ECLI:ES:TS:2022:1649).

No se excluyen, por lo tanto, las hipótesis de participación en sentido estricto en el delito del *intraneus*, que deberán regirse por el principio de accesoriedad, manteniéndose en todo caso la unidad del título de imputación (es decir, se condenará al extraño como partícipe en el delito del funcionario). Resulta relevante que nos encontremos ante un delito especial propio, ya que, en los delitos especiales impropios, el funcionario responderá por el delito especial, mientras que el particular lo hará por el delito común paralelo²⁶⁵. En el caso de los particulares, como ha hecho notar CATALÁN SENDER²⁶⁶, por cuanto se les impondrán las penas correspondientes al delito de prevaricación, en lo relativo a la inhabilitación especial para empleo o cargo público, estarán inhabilitados para acceder al cargo o empleo que se determine en la sentencia condenatoria, durante el tiempo de la condena. A ello se suma, como consecuencia de la modificación legal de 2015, que no podrán concurrir como candidatos a unas elecciones por el tiempo fijado en la sentencia.

Téngase en cuenta que la inducción y la cooperación necesaria son supuestos que el art. 28 CP equipara penológicamente a la autoría. Es posible, como se ha dicho, la complicidad (cfr. STS 52/1993, de 18 de enero de 1994 — ECLI:ES:TS:1994:97), si bien al cómplice se le castiga con la pena inferior en grado a la prevista por la ley para el autor del delito. Para que haya cooperación necesaria, el partícipe debe haber realizado actos sin los cuales el delito del funcionario *intraneus* no se habría realizado. Se ha admitido la participación en calidad de cooperador necesario «del funcionario que participa en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta con una resolución

TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., pp. 143-144.

²⁶⁴ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 41.

²⁶⁵ Por todos, MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3033; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», cit., p. 1540.

²⁶⁶ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 47.

administrativa previa no necesaria pero sí decisiva, supuesto que en ocasiones se ha calificado de coautoría sucesiva» (STS 441/2022, de 4 de mayo — ECLI:ES:TS:2022:1649). No obstante, en ocasiones se ha sostenido que difícilmente cabe la cooperación necesaria en el delito de prevaricación (por todas, STS 1417/1998, de 16 de diciembre — ECLI:ES:TS:1998:7651). Bajo esta calificación entrarían los casos de informes vinculantes y, en general, aquellos de actos previos o interlocutorios que resultan absolutamente determinantes del contenido de la resolución del órgano decisorio. Ciertamente, la Sala Penal del TS ha estimado la cooperación necesaria cuando un funcionario público ha emitido un informe que resulta decisivo para que la resolución dictada fuera prevaricadora (STS 859/2022, de 2 de noviembre — ECLI:ES:TS:2022:4105).

La accesoriedad, según tiene dicho la jurisprudencia, es limitada o relativa, lo que «significa, en todo caso, que el partícipe solo puede ser castigado si se constata una conducta típica y antijurídica del autor, aun cuando éste no fuere culpable». A lo cual se añade que «reflejo procesal de esta doctrina penal sustantiva es la imposibilidad de enjuiciar a un partícipe si no se enjuicia al autor. Salvo supuestos excepcionales (por ejemplo, que el autor haya sido enjuiciado y condenado con anterioridad) la accesoriedad de la participación impide el enjuiciamiento separado, pues el partícipe solo pueda ser condenado si se constata una conducta típica y antijurídica del autor; y ello exige el enjuiciamiento conjunto o prioritario de éste» (STS 979/2016, de 11 de enero de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:4884).

Se ha reiterado que «basta la comisión de un hecho antijurídico, aunque su autor no sea culpable. Pero, doctrina y jurisprudencia convienen en que se excluye si el hecho del autor está justificado». Así, «el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de ésta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe. Quien haya ocasionado una errónea valoración por el funcionario del contenido de la resolución objetivamente arbitraria, determinando así en éste la voluntad de adoptarla, determinó la realización del hecho injusto a que se refiere el artículo 28 del Código Penal, por más que el funcionario autor no sea culpable del delito de prevaricación por no actuar “a sabiendas” de la injusticia de su resolución» (STS 222/2010, de 4 de marzo — ECLI:ES:TS:2010:1863). En la STS 222/2010, el órgano decisor, engañado por un funcionario, concedió una subvención y adjudicó varios contratos sin ser conocedor de que no se cumplían los requisitos para ello.

Según el principio de accesoriedad relativa, para castigar al partícipe basta con que el hecho del autor sea típico y antijurídico. Esto permite sancionar al partícipe aun cuando el funcionario que dicta la resolución no sea culpable²⁶⁷. Se exige un doble dolo: «El reproche penal a título de partícipe en el hecho del autor requiere que quien así actúa no sólo persiga la realización del hecho delictivo, sino que, además, debe tener intención de participar, en el sentido de colaborar en el hecho delictivo de otro» (646/2021, de 16 de julio — ECLI:ES:TS:2021:2878).

En relación con el delito de prevaricación, la cuestión nuclear es determinar si la exigencia de actuar «a sabiendas de su injusticia» pertenece a la tipicidad subjetiva o, de otra forma, a la culpabilidad. Si esta expresión se refiere al dolo del autor y se entiende que el dolo es una forma de culpabilidad, podría condenarse al partícipe que actúe dolosamente, aunque no se condene al sujeto que dicta la resolución. Así lo interpreta, y es lo que hace en consecuencia, la Sala. Precisamente, siguiendo el criterio sentado por la STS 222/2010, de 4 de marzo, en la STS 303/2013, de 26 de marzo, se condenó al partícipe pese a que quien dictó la resolución fue declarado absuelto por no haber actuado «a sabiendas», dado que su resolución se basó en el informe técnico que precisamente aquel había elaborado²⁶⁸. Si el dolo fuera elemento de la tipicidad subjetiva, el partícipe no podría ser sancionado por falta de dolo en el autor²⁶⁹; su conducta quedaría impune porque no se darían los requisitos para la participación: no

²⁶⁷ Vid. además MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», cit., p. 3022.

²⁶⁸ No comparte, en el fondo, la solución adoptada por la STS 303/2013 MUÑOZ CLARES, quien afirma: «la autoridad o funcionario que resuelve engañado por falsificaciones documentales no prevarica, claro que no, por más que dicte una resolución injusta, al igual que no prevarica el juez engañado por la prueba falsaria presentada por una de las partes; en tal supuesto, la parte que aportó pruebas falsas no es ni cooperadora ni inductora de prevaricación pues no convence al juez para que dicte una resolución injusta sino que lo engaña con esa finalidad. Lo mismo ocurre en quien falsifica en todo o en parte un expediente administrativo: engaña a la autoridad o funcionario que luego resuelve con fundamento en la falsedad. La persecución de los hechos no exige asimilar al falsario a la figura del prevaricador». «El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios», cit., p. 12. SANZ MULAS añade con contundencia que «considerar eso prevaricación, y al funcionario o particular que lleva a cabo el engaño es una falacia». «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», p. 245.

²⁶⁹ Dice GUERRA TSCHUSCHKE que «podría darse una situación paradójica, pues si el autor directo no fuera responsable —por no actuar dolosamente—, el “hombre de atrás” podría quedar impune, por aplicación del principio de accesoriedad relativa que rige en el Derecho Penal español». *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 147.

existiría conducta típica y antijurídica principal²⁷⁰. Si se considera —y aquí lo hemos sostenido— que la conciencia de la actuación injusta es un elemento subjetivo del injusto y este no concurre, no se realizaría el tipo de ilícito. El acto del autor no reuniría todas las exigencias típicas. Como dice LUZÓN PEÑA²⁷¹, si falta el elemento subjetivo del tipo que requiere expresamente la descripción legal, la acción «no es que sea típica pero no culpable, sino que no está siquiera penalmente prohibida, no es típica y antijurídica». No se podría exigir responsabilidad penal al partícipe, en definitiva, quedando impune su conducta.

Con la solución adoptada por el Alto Tribunal, en la práctica, se estaría condenando con la misma pena del autor a quien, siendo normalmente funcionario público, emite un informe o formula una propuesta que hace que la resolución adoptada por el órgano decisorio sea injusta y arbitraria, corrigiéndose por esta vía, de manera indirecta, la imposibilidad de condenarlos como autores²⁷², porque, como antes se indicó, el delito de prevaricación administrativa sólo puede ser cometido en calidad de autor por el funcionario que dicta la resolución y tiene facultades para ello.

Compartimos plenamente la opinión de GUERRA TSCHUSCHKE²⁷³: no pueden ser autores «el resto de funcionarios o autoridades que hubieren preparado la resolución mediante la emisión de informes u otros actos de trámite, que en todo caso podrían ser partícipes del hecho delictivo, pero nunca autores en sentido estricto o directo». En el caso de los informes, sólo podrían ser autores si nos encontramos ante alguna de las prevaricaciones específicas de los arts. 320, 322 y 329 CP, ya que en esos casos sí que está expresamente tipificada la conducta de informar favorablemente. Conviene recordar, no obstante, que, con un concepto de resolución tan amplio como el acogido por la STS 749/2022, podrían ser autores del delito los responsables de «actuaciones anteriores de relevancia que hayan sido imprescindibles para adoptar la resolución final quebrantando los controles establecidos en la ley»; es decir, quienes informan o proponen.

²⁷⁰ Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», cit., p. 642 (digital).

²⁷¹ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 228.

²⁷² Ya en este sentido CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 40.

²⁷³ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 146.

Con todo esto, en otro orden de ideas, se evidencia la importancia de la dogmática penal. En relación con la interpretación del TS, suscribimos la opinión de ORTIZ DE URBINA GIMENO²⁷⁴: «se trata de una interpretación dogmáticamente poco defendible, que sin embargo persigue el loable objetivo político-criminal de evitar la referida impunidad». Impunidad que es consecuencia, en estos casos de informes o propuestas de adjudicación de una plaza en un concurso público, de que no estamos ante una resolución, dado que estos actos intermedios carecen de efectos jurídicos, sin que afecten a los derechos de los administrados. Pero también de que no es posible sancionar a quien dicta la resolución si no actúa «a sabiendas de su injusticia».

En cuanto a la inducción, tal conducta consistirá en inducir a un funcionario a dictar una resolución arbitraria; en definitiva, en inducirlo a prevaricar. Por lo tanto, quien actúa de este modo responderá conforme a lo previsto por el art. 28 a) CP. Para este caso de la inducción, «es necesario que en los hechos probados se recoja una actividad de quien conociendo la condición de funcionario de una persona, la inclina y determina eficaz y decisivamente a dictar una resolución manifiestamente injusta» (STS 549/1997, de 26 de abril — ECLI:ES:TS:1997:8099).

Ciertamente, el caso de la autoría mediata resulta especialmente problemático, motivo por el cual conviene realizar un análisis más detenido²⁷⁵. No en vano GUERRA TSCHUSCHKE ha señalado que «se trata de un supuesto de casi imposible configuración en el delito del art. 404 CP»²⁷⁶. En teoría, ambos (autor mediato y directo) deberían tener facultades decisorias, lo que, ya de por sí, dificulta enormemente la posibilidad de que aparezca una autoría mediata. En un procedimiento concreto, suele ser un único órgano el que ostenta las competencias decisorias. Con carácter general, el instrumento no debe ser consciente de lo que hace, es inimputable o actúa obligado con miedo o fuerza irresistible.

Al tratarse de una forma de autoría, deben concurrir necesariamente las condiciones que el tipo requiere para ser autor, a lo que se añade en este delito las atribuciones para dictar la resolución en

²⁷⁴ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 374.

²⁷⁵ La pregunta se la realizan ORTIZ DE URBINA GIMENO/MONTANER FERNÁNDEZ: ¿«si no se puede hablar de participación, podría considerarse la posibilidad de que el tipo haya sido cometido por autoría mediata (con error en el autor inmediato)»?». «Protección penal de los bienes públicos», cit., pp. 642-643 (digital).

²⁷⁶ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 146.

el asunto administrativo. Nos encontramos ante un delito de infracción de deber²⁷⁷ y, por ello, «la esencia de la imputación radica en la infracción del deber que pesa sobre el sujeto especial»²⁷⁸. En consecuencia, quien no está obligado por dicho deber extrapenal puede ser, a lo sumo, partícipe. El sujeto no cualificado que utiliza a otro cualificado (el órgano decisor) para que dicte la resolución en un determinado sentido no reúne las condiciones requeridas para ser autor²⁷⁹. Ni siquiera las reuniría, aun siendo funcionario, cuando carece de potestad resolutoria. Como ha señalado GUERRA TSCHUSCHKE, «si dicho hombre fuera el funcionario competente, es claro que el instrumento no podría dictar la resolución prevaricadora»²⁸⁰.

De acuerdo con FEJOO SÁNCHEZ²⁸¹, si el hombre de atrás no puede ser autor mediato, habría que acudir a otros tipos penales, como las coacciones o las amenazas. El engaño, según pone de manifiesto también este autor, será impune, salvo que pueda calificarse como estafa.

E. Consumación del delito

La prevaricación es un delito de mera actividad y no de resultado²⁸². Ahora bien, éste no es un delito de peligro, sino de lesión²⁸³. El dictado de la resolución arbitraria ya consume el tipo penal. La

²⁷⁷ Por todos, AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos*, cit., pp. 217-218.

²⁷⁸ FERRÉ OLIVÉ, J.C./RAMÍREZ BARBOSA, P.A., «Autoría y participación», en FERRÉ OLIVÉ, J.C./NÚÑEZ PAZ, M.A./RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Bogotá, 2020, p. 642

²⁷⁹ Vid. GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., pp. 146-147.

²⁸⁰ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 146-147. Por su parte, y coincidiendo en el fondo de la cuestión, dicen ORTIZ DE URBINA GIMENO/MONTANER FERNÁNDEZ que la solución de estimar una autoría mediata «tiene el problema de que aquél a quien consideramos autor mediato nunca podría haber dictado la resolución él mismo (por no ser competente)». «Protección penal de los bienes públicos», cit., p. 643 (digital).

²⁸¹ FEJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1092.

²⁸² Vid. no obstante la propuesta de RODRÍGUEZ RAMOS considerando que la prevaricación se consume cuando la resolución entra en el tráfico jurídico. La propuesta de *lege lata* de este autor permitiría admitir sin ninguna dificultad la comisión por omisión y, en otro orden de cosas, conllevaría también admitir supuestos de tentativa completa. «Reinterpretación de la prevaricación», cit., pp. 7 y ss.

²⁸³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., p. 37.

lesión del bien jurídico, como también se aprecia en la jurisprudencia, se produce con el dictado de la resolución, sin que sea preciso que ésta «se ejecute y materialice en actos concretos que determinen un perjuicio tangible para un ciudadano determinado o un ámbito específico de la Administración» (STS 477/2018, de 17 de octubre — ECLI:ES:TS:2018:3688). No es necesario, por lo tanto, que la resolución llegue a ejecutarse ni que cause materialmente ningún perjuicio a un ciudadano o a la misma Administración, pese a que ello, requerirlo, pudiera ser conveniente desde una perspectiva limitadora de la intervención del *ius puniendi*²⁸⁴.

Toda resolución arbitraria afecta ya al correcto funcionamiento de la Administración pública²⁸⁵. Tiene dicho la Sala Penal del TS, que «el tipo del delito no exige ni el logro de lucro, ni el perjuicio de terceros, ni de la Administración» (STS de 27 de noviembre de 1992 — ECLI:ES:TS:1992:19705).

En ocasiones la jurisprudencia exige que la resolución «ocasione un resultado materialmente injusto» (STS 743/2013, de 11 de octubre — ECLI:ES:TS:2013:4949). Sin embargo, dado que no se requiere la producción de un menoscabo objetivo a la cosa pública, esta exigencia debe ser entendida como «referida a la propia afectación del bien jurídico protegido»²⁸⁶.

Para la consumación habría que diferenciar, no obstante, entre actos expresos y actos presuntos. En los primeros, la consumación se produce con la adopción de la resolución; respecto a los segundos, habrá que estar al vencimiento de los plazos administrativos, que generalmente es de tres meses²⁸⁷.

Tratándose de un delito de mera actividad, sólo cabe la tentativa inacabada, porque la acabada se correspondería con la consumación²⁸⁸. Habrá tentativa cuando hubiera comenzado, pero no finalizado por razones ajenas a la voluntad del órgano decisor, el acto de dictar la resolución²⁸⁹. Las posibilidades de que haya tentativa dependerán, en realidad, de los trámites que requiera la resolución para llegar a emitirse²⁹⁰. El ejemplo paradigmático es el de los funcionarios que votan

²⁸⁴ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1993.

²⁸⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», cit., p. 1092.

²⁸⁶ HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, cit., p. 43.

²⁸⁷ Por todos, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1132; NIETO MARTÍN, A., «Artículo 404», cit., p. 872.

²⁸⁸ Por todos, ORTS BERENGUER, E., «Artículo 404», cit., p. 1782.

²⁸⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Reinterpretación de la prevaricación», cit., p. 5.

²⁹⁰ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», cit., p. 1858.

a favor de una resolución que finalmente no se adopta por falta de la mayoría exigida²⁹¹.

Ciertamente, si se considerase que estamos ante un delito de resultado, cabrían hipótesis de tentativa acabada y de arrepentimiento eficaz, que no resultan admisibles de considerar que la prevaricación es un delito de mera o simple actividad²⁹².

III. POSIBLES CONDUCTAS PREVARICADORAS DEL PROFESORADO UNIVERSITARIO

En lo que sigue, nos centraremos específicamente en el análisis de la posibilidad de que el profesorado universitario realice conductas que den lugar a la comisión del delito del art. 404 CP en el marco de la selección del profesorado universitario y las evaluaciones. No entramos en este trabajo en conductas que puedan constituir otros delitos, aunque algunas resultan fácilmente imaginables. Por ejemplo, podrían darse casos de amenazas o coacciones para disuadir a un aspirante de participar en el concurso para la provisión de una plaza o de presentarse a alguna de las pruebas, dado que ello podría suponer un riesgo para un determinado candidato²⁹³. Asimismo, aunque nos centraremos en esos dos escenarios, también podrían darse conductas prevaricadoras, por ejemplo, en el acto que resuelve una convocatoria de ayudas sobre proyectos de investigación o de innovación docente.

A. En la selección del profesorado universitario

1. Sobre la selección del profesorado universitario y los efectos criminógenos de la normativa universitaria

La autonomía de las universidades, reconocida constitucionalmente (art. 27.10 CE), aunque la determinación de su contenido y alcance corresponde al legislador, incluye, entre otras competencias, «la selección, formación y promoción del personal docente e inves-

²⁹¹ Entre otros, NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 681.

²⁹² Vid. OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», cit., p. 12.

²⁹³ SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 44.

tigador» (art. 3.2 j). LOSU)²⁹⁴. Esta atribución corresponde tanto a las universidades públicas como a las privadas. Así, la selección del PDI es competencia de las propias universidades, siempre dentro, por supuesto, del marco legal estatal y autonómico y, en el caso de las universidades públicas, con sujeción a los principios de mérito y capacidad (art. 23.2 CE), sin distinguir, a estos efectos, entre los distintos escalones o categorías docentes²⁹⁵.

En las universidades públicas, el acceso a las plazas de los cuerpos docentes universitarios (personal funcionario) y del PDI contratado en régimen laboral se realiza, por lo general, mediante concurso público —bien en la modalidad de concurso-oposición, bien en la de concurso de méritos— cuya convocatoria corresponde a las propias universidades. Es decir, se lleva a cabo a través de procedimientos competitivos de valoración de méritos, abiertos a la participación de cualquier persona que cumpla los requisitos generales y específicos establecidos en la correspondiente convocatoria²⁹⁶. La selección del profesorado visitante, distinguido y emérito queda exceptuada de la exigencia de concurso público²⁹⁷. El nombramiento del profesorado emérito se rige por sus propias reglas, previstas en el art. 81 LOSU. Su contratación se efectuará conforme a lo que establezca cada universidad.

Las universidades privadas siguen sus propios criterios de contratación, como cualquier empresa privada, aunque existe la acreditación a profesor de universidad privada y la normativa universitaria estatal exige que, al menos, el 60 por ciento del total de su profesorado doctor haya obtenido evaluación positiva a tal figura de la ANECA

²⁹⁴ Vid. CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», en RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *La reforma universitaria de 2023. Comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 190; GAVARA DE CARA, J., *Protección de la autonomía universitaria y defensa de las competencias en la Ley Orgánica del sistema universitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 387; SARMIENTO ACOSTA, M.J., *Autonomía y organización de las universidades públicas y privadas (estudio crítico de las premisas y prejuicios de una regulación mejorable)*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 42-43.

²⁹⁵ Vid. MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», cit., p. 11.

²⁹⁶ CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», cit., p. 198.

²⁹⁷ Lo que, en opinión de ANDRÉS LLAMAS, «no parece compatible con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público». «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, n.º 10, 2023, p. 21.

o del órgano de evaluación externa que la ley de la Comunidad Autónoma aplicable determine (art. 99.3 LOSU).

Para concurrir a las plazas de catedrático, profesor titular y profesor permanente laboral, es necesario, además de poseer el título de doctorado, contar con la correspondiente acreditación a la figura respectiva²⁹⁸. Toda persona que desee participar en un concurso para alguna de estas categorías docentes debe haberse sometido previamente, con resultado favorable, a un proceso de acreditación nacional o, en su caso, autonómico (para los permanentes laborales). La acreditación supone haber obtenido una evaluación positiva del currículum docente e investigador. El sistema de acreditación fue introducido por primera vez en 2007 (LO 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades; LOU), viniendo a sustituir al antiguo sistema de habilitación nacional previa aplicable a catedráticos y titulares de universidad. Con este modelo actual de acreditación previa seguida de concurso, se busca alcanzar, según AMOEDO-SOUTO²⁹⁹, un equilibrio en el ejercicio de la autonomía universitaria. Las comunidades autónomas del País Vasco y de Cataluña cuentan con figuras propias de profesorado laboral, en cuyas particularidades no entramos.

En relación con los concursos de acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios, regulados por aquel entonces por el art. 62 LOU, la STC 176/2015, de 22 de julio, afirmó que se trata de «auténticos concursos de acceso», en la medida en que pueden participar en ellos personas que, aun contando con la acreditación correspondiente, «no forman parte del cuerpo al que pertenece la plaza vacante».

En el caso de los cuerpos docentes universitarios, es aplicable lo dispuesto en la LOSU (art. 71) y en su normativa de desarrollo, el Real Decreto 678/2023, de 18 de julio, por el que se regula la acreditación estatal para el acceso a los cuerpos docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso a plazas de dichos cuerpos. Por su parte, las disposiciones relativas a los concursos para el acceso a plazas de PDI laboral se recogen en el art. 86 LOSU, teniendo en cuenta que su selección se remite a la normativa interna de las distintas universidades y a las propias convocatorias de las plazas, respetando

²⁹⁸ Con críticas al sistema de acreditación, vid. SERRANO GÓMEZ, A., «¿Qué estáis haciendo con la Universidad? Marginación de la ciencia en la selección del profesorado», cit., *passim*; el mismo, «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., *passim*.

²⁹⁹ AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023, p. 398.

en todo caso la normativa autonómica aplicable, por ejemplo, en materia de promoción³⁰⁰.

Estas normas estatales constituyen, en realidad, una regulación de mínimos³⁰¹, dejando margen para que sean las propias universidades públicas las que, en ejercicio de su autonomía, establezcan, en sus normativas internas sobre los concursos para la provisión de plazas, tanto la composición de las comisiones de selección como el diseño de las pruebas (número, objeto y contenido de los ejercicios, etc.). Esta flexibilidad permite que los procesos de selección puedan presentar notables diferencias entre las distintas universidades e incluso, que no exista uniformidad en el acceso a los puestos docentes universitarios³⁰², hasta el extremo de que dicha disparidad podría llegar a menoscabar el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad³⁰³. En algunas universidades, para el acceso a las plazas de profesor titular y catedrático, se prevé una única prueba, mientras que en otras, en cambio, se exige un segundo ejercicio, en el que los candidatos tienen que presentar y defender ante la comisión juzgadora un trabajo científico original (aunque no siempre inédito)³⁰⁴.

Según el art. 28 del RD 678/2023, «los concursos de acceso a los que se refiere el artículo 71 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, se regirán por las bases de sus respectivas convocatorias, de acuerdo con lo establecido en dicha Ley Orgánica, así como en el presente real decreto, en la normativa interna de la universidad convocante y en las demás normas de carácter general que resulten de aplicación». Y conforme prescribe el art. 29.1 del mismo RD, «las universidades, de acuerdo con lo que establezca su normativa interna, convocarán concursos de acceso a plazas que estén dotadas en el estado de gastos de su presupuesto (...)».

El acceso del PDI laboral se realizará mediante concurso público, salvo en el caso del profesorado visitante y distinguido, así como de las figuras reguladas por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia,

³⁰⁰ CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», cit., p. 201.

³⁰¹ Cfr. AYMERICH CANO, C., «Selección y promoción del profesorado de las universidades públicas», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023, p. 489.

³⁰² MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», cit., pp. 14 y ss.

³⁰³ MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», cit., pp. 18 y 27.

³⁰⁴ MATIA PORTILLA, F.J., «¿Supone un avance la LOSU?», cit., p. 36.

la Tecnología y la Innovación. Los procedimientos para la selección del personal laboral «se realizarán en todo caso a través de convocatorias públicas en las que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia, así como la posibilidad de recurso ante la propia universidad. Asimismo, la composición de las comisiones de selección garantizará los principios de objetividad, imparcialidad, neutralidad, transparencia y cualificación» (art. 86.1 párrafo segundo LOSU)³⁰⁵. Además, «las convocatorias deberán ajustarse a lo establecido en el artículo 65 y el artículo 71.1, quedando excluida de esta disposición la selección de Profesoras/es Asociadas/os, que se realizará mediante la evaluación de los méritos de las personas candidatas por una comisión compuesta por miembros de la universidad» (art. 86.2 inciso primero LOSU). La regulación del procedimiento de estos concursos se llevará a cabo a través de la normativa autonómica y de la normativa interna de cada universidad, respetando en todo caso los mínimos fijados por el art. 86 LOSU.

Las previsiones del art. 65 LOSU, como bien señala CHAVES GARCÍA³⁰⁶, se refieren a la paridad que debe presidir el desarrollo de las convocatorias en un doble sentido: como criterio de composición, imponiéndose una presencia equilibrada de mujeres y hombres en las comisiones de selección (art. 65.3 LOSU), y como criterio de adjudicación. En este último aspecto, el número primero del art. 65 dispone que, en el marco del establecimiento de medidas de acción positiva destinadas a favorecer el acceso de las mujeres, «se podrán establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el cuerpo docente o categoría de que se trate»³⁰⁷.

De conformidad con lo previsto en el art. 71.1 LOSU: «1. Las universidades, de acuerdo con lo que establezca su normativa interna, convocarán concursos para el acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios que estén dotadas en el estado de gastos de su presupuesto, según se desarrolle reglamentariamente. En todo caso, dichos

³⁰⁵ Entiende VALVERDE ASENCIO que, como el procedimiento ha de garantizar la concurrencia, la norma excluye procedimientos basados en el concurso de méritos. «El personal docente e investigador laboral», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023, p. 440.

³⁰⁶ CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», cit., pp. 193-194.

³⁰⁷ Como ha hecho notar CHAVES GARCÍA, no se habla de menor representación en el área de conocimiento, lo que puede generar consecuencias perturbadoras. «Personal docente e investigador de las universidades públicas», cit., p. 194.

concursos contemplarán las siguientes condiciones: a) La experiencia docente y la experiencia investigadora, incluyendo la de transferencia e intercambio del conocimiento, tendrán una consideración análoga en el conjunto de los criterios de valoración de los méritos a considerar por las universidades. Las universidades podrán establecer en la convocatoria otros méritos a valorar. b) Las comisiones de selección estarán integradas por una mayoría de miembros externos a la universidad convocante elegidos por sorteo público entre el conjunto del profesorado y personal investigador de igual o superior categoría a la plaza convocada. Dicho sorteo se realizará a partir de una lista cualificada de profesorado y personal investigador elaborada por la universidad, en los términos en los que se desarrolle en la normativa interna (...). Entre esos otros méritos adicionales a valorar pueden incluirse, por ejemplo, los méritos de liderazgo, como destaca AMOEDO-SOUTO³⁰⁸.

El art. 86.2 LOSU establece que el régimen de convocatoria de las plazas de PDI laboral se equipara al previsto para las plazas de los cuerpos docentes universitarios. No obstante, quedan expresamente excluidos de este régimen los procesos de selección del profesorado asociado y del profesorado sustituto, cuya selección se realizará mediante la evaluación de los méritos de las personas candidatas por una comisión integrada exclusivamente por miembros de la propia universidad³⁰⁹. Concurso de méritos a evaluar por una comisión interna, por lo tanto, para estas dos figuras.

³⁰⁸ AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», cit., p. 397.

³⁰⁹ Según ANDRÉS LLAMAS, «A tenor de los propios postulados del legislador, la selección del profesorado asociado permitiría una relajación de la arquitectura organizativa que vehicula los principios de imparcialidad y objetividad». «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», cit., p. 21. Este mismo autor ofrece una explicación razonable para ello: «probablemente por la búsqueda de una deseable agilidad y la menor relevancia de esta figura respecto del grueso del personal docente e investigador. En efecto, el artículo 86.2 de la LOSU dispone que las comisiones de selección del profesorado asociado no tendrán que estar integradas por una mayoría de miembros externos a la universidad convocante elegidos por sorteo público, limitándose a prescribir que la selección “se realizará mediante la evaluación de los méritos de las personas candidatas por una comisión compuesta por miembros de la universidad”. Ahora bien, esta excepción normativa casa mal con el nuevo carácter indefinido de la figura del profesorado asociado, lo que aconsejaría extremar las cautelas en los procesos selectivos». «Profesorado asociado y sustituto. Novedades e inconsistencias de la LOSU», en MATIA PORTILLA, F.J./DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2024, p. 165.

En el referido art. 71.1 LOSU se contiene una remisión a la normativa interna de cada universidad para regular el procedimiento de celebración de los concursos, normativa que no necesariamente debe estar recogida en los estatutos, a diferencia de lo que ocurría con la LOU³¹⁰. La normativa interna que regule el procedimiento por el que se regirán los concursos para el acceso a las plazas deberá ser aprobada por el Consejo de Gobierno de la universidad y publicada en el boletín oficial de la comunidad autónoma correspondiente. Dicha normativa puede adoptar, por ejemplo, la forma de reglamento.

Según el art. 33.1 RD 678/2023, «la normativa interna de cada universidad regulará el procedimiento que ha de regir en los concursos de acceso, que deberá valorar, en todo caso, la experiencia docente y la experiencia investigadora, incluyendo la de transferencia e intercambio del conocimiento, que deberán tener una consideración análoga en el conjunto de los criterios de valoración de los méritos del candidato o candidata, su proyecto docente e investigador, así como contrastar sus capacidades para la exposición y debate ante la comisión de selección, en sesión pública, en la correspondiente materia o especialidad. Las universidades podrán establecer en la convocatoria otros méritos a valorar». De este modo, la normativa de desarrollo de la LOSU impone una valoración equivalente de la experiencia docente e investigadora, la presentación de un proyecto docente e investigador por los candidatos, la necesidad de un debate ante la comisión y el carácter público de las pruebas.

El art. 32 RD 678/2023, que regula la composición de las comisiones, reproduce parcialmente la redacción del art. 71.1 LOSU. Así las cosas, «es, pues, voluntad común del legislador y del gobierno entregar la regulación de estos aspectos a la labor de desarrollo de opciones propias de cada Universidad, a través de su normativa interna»³¹¹.

En el art. 34.3 RD 678/2023, se establece que «en los concursos de acceso, las universidades harán públicos la composición de las comisiones y los currículos de sus miembros, así como los criterios para la adjudicación de las plazas. Asimismo, una vez celebrados los concursos, harán públicos los resultados de la evaluación de cada candidato

³¹⁰ CARLÓN RUIZ, M., «La autonomía universitaria en el cumplimiento de las funciones de las universidades en el marco de la nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023, p. 68; AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», cit., p. 409.

³¹¹ AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», cit., p. 398.

o candidata, con una explicación motivada y desglosada por cada uno de los aspectos evaluados».

De acuerdo con el art. 35 RD 678/2023, una vez realizadas las pruebas, la comisión evaluadora podrá declarar la plaza desierta o proponer al rector «motivadamente y con carácter vinculante», una relación ordenada de los candidatos según la puntuación obtenida. El rector procederá al nombramiento del candidato propuesto, ordenará la publicación de dicho nombramiento en los boletines oficiales correspondientes y lo comunicará al consejo de universidades. Esa propuesta de la comisión tiene, por lo tanto, un carácter vinculante. Ha de entenderse, no obstante, que puede ser rechazada en casos de manifiesta ilegalidad.

Entre la propuesta de la comisión evaluadora y el nombramiento, debe mediar un plazo de diez días, durante el cual los concursantes podrán formular una reclamación ante el rectorado. La admisión a trámite de dicha reclamación suspenderá el nombramiento hasta su resolución. «La reclamación será valorada por una comisión compuesta por miembros elegidos de entre los colectivos de Catedráticos o Catedráticas de Universidad pertenecientes a diversos ámbitos del conocimiento, designados en la forma que establezcan los Estatutos, con amplia experiencia docente e investigadora» (art. 36.1 párrafo primero RD 678/2023). La comisión podrá ratificar o no la propuesta, previa audiencia de sus miembros y de las personas candidatas. A propuesta de la comisión de reclamaciones, el rector dictará resolución en el plazo máximo de tres meses, teniendo el eventual silencio administrativo efectos negativos. La resolución del rector pondrá fin a la vía administrativa (art. 36.2 RD 678/2023).

Como consecuencia de la autonomía que ostentan en esta materia, cada universidad es responsable de regular internamente el proceso de selección, siempre dentro del marco general establecido por la LOSU y el RD 678/2023, así como respetando las disposiciones normativas autonómicas existentes. De este modo, dado que cada institución puede adaptar sus propios criterios y el procedimiento de acceso, pueden existir amplias diferencias entre unas y otras universidades. En definitiva, las universidades podrán diseñar sus propios modelos en lo que a la selección del profesorado respecta, pero «siempre que no afecte a competencias básicas del Estado central y a las que ejercen las Comunidades Autónomas», según puntualiza MATIA PORTILLA³¹².

³¹² MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», cit., p. 6.

La valoración de los méritos, sobre la base de unos criterios específicos fijados conforme a las bases de la convocatoria y en consonancia con los baremos o criterios generales aprobados por cada universidad, corresponde a las comisiones de selección, integradas por docentes universitarios. Estas comisiones son órganos técnicos, pero «en base al conocimiento, no en base a que sean capaces de evaluar capacidades y habilidades del PDI»³¹³. Las propias comisiones evaluadoras son las que fijan los criterios específicos que regirán la selección, de manera que en estos órganos se produce una acumulación de funciones normativas y jurisdiccionales³¹⁴. Las comisiones disponen de un margen significativo de discrecionalidad, incluso cuando se trata de valorar los méritos conforme a un baremo, pues, en estos casos, la puntuación de cada mérito, normalmente según su relevancia o calidad, debe asignarse dentro de una horquilla (por ejemplo, de 1 a 3 puntos). En principio, las comisiones están integradas por profesores del área de conocimiento correspondiente a la plaza, con el fin de que la idoneidad académica de los candidatos sea evaluada desde un criterio experto. De no ser posible, pueden participar profesores de áreas de conocimiento afines al de la plaza convocada.

Las comisiones son designadas por las propias universidades y suelen estar compuestas, según lo que determine internamente cada institución, por tres o por cinco miembros. Los requisitos relativos al número de integrantes de la comisión se han relajado, pues históricamente los tribunales estaban compuestos por siete miembros, al menos en el caso de las oposiciones a cuerpos docentes. Una vez concluidas las pruebas, la comisión deberá formular una propuesta de provisión de la plaza a favor del candidato que haya obtenido la mayor puntuación total entre todos los aspirantes considerados aptos.

En la selección del profesorado ayudante doctor, pudiendo concurrir a esta clase de convocatorias con el título de doctorado, sin necesidad de previa acreditación desde la entrada en vigor de la LOSU, el procedimiento suele articularse mediante un concurso de méritos. Se valoran los méritos reflejados en los currículos aportados por los candidatos, siempre que estén debidamente acreditados documentalmente, y conforme a los criterios de valoración previamente aprobados. Estos criterios son fijados específicamente por la comisión de selección, con el visto bueno de la universidad, y normalmente

³¹³ GAVARA DE CARA, J., *Protección de la autonomía universitaria y defensa de las competencias en la Ley Orgánica del sistema universitario*, cit., pp. 387-388.

³¹⁴ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 1.

se publican junto con las bases de la convocatoria —y en todo caso antes de conocer el listado de personas admitidas al concurso—. Los criterios se concretan en baremos que asignan puntuaciones máximas por bloques (por ejemplo, experiencia investigadora) e ítems (por ejemplo, hasta cuatro puntos por proyecto en el caso de participación en proyectos europeos o internacionales de investigación). Se establece, asimismo, una puntuación mínima por apartados (por ejemplo, en investigación o docencia), de modo que los candidatos que no alcancen alguno de los umbrales fijados serán declarados no aptos. Las comisiones propondrán al rectorado la contratación del aspirante que, entre todos los considerados aptos, haya obtenido la puntuación más alta en la evaluación de los méritos. En la normativa de algunas universidades, además de la valoración del currículum, se contempla la realización de una prueba oral, a modo de entrevista personal, a los candidatos, también con una puntuación mínima de corte. En ocasiones, la decisión de celebrar dicha prueba queda a criterio de la comisión de selección. Cuando el procedimiento consta de dos fases, la propuesta de provisión recaerá en el candidato que obtenga la mayor puntuación total resultante de la suma de las valoraciones del currículum y de la prueba oral.

Las pruebas de selección del profesorado permanente laboral y del profesorado perteneciente a los cuerpos docentes universitarios responden, por lo general, al modelo de concurso-oposición. El proceso normalmente incluye dos pruebas eliminatorias. La primera, con mayor peso en la puntuación final, consiste en la exposición y defensa oral del historial de méritos alegados y del proyecto docente e investigador presentado, seguida de un debate con la comisión evaluadora. La capacidad de exposición y debate también es objeto de valoración. La segunda prueba varía según la categoría del profesorado: puede consistir en la exposición de un tema del programa docente (que en algunos casos puede ser elegido por el propio aspirante), o en la presentación oral de un trabajo original de investigación elaborado por la persona candidata, en ambos casos seguida de un debate con la comisión evaluadora. Ambas pruebas son eliminatorias si no se alcanza la puntuación mínima requerida en cada caso. Este sistema ha sido criticado porque no garantiza que el concursante conozca el contenido del programa de la asignatura, dado que, cuando se exige la exposición de un tema, no siempre se especifica que la selección de dicho tema se realice por sorteo³¹⁵. Algunas universidades permiten que el candidato elija libremente el tema del proyecto docente a exponer.

³¹⁵ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 17.

La lucha contra la llamada endogamia está presente en el espíritu de la LOSU³¹⁶. Entre las medidas adoptadas con este fin —y que aquí nos interesan especialmente— destacan aquellas dirigidas a garantizar que las comisiones de selección estén integradas mayoritariamente por miembros externos a la universidad convocante de la plaza³¹⁷, así como la elección mediante sorteo de dichos miembros externos «entre el conjunto del profesorado y personal investigador de igual o superior categoría a la plaza convocada»³¹⁸. No obstante, «dicho sorteo se realizará a partir de una lista cualificada de profesorado y personal investigador elaborada por la universidad, en los términos en los que se desarrolle en la normativa interna» (art. 71.1 b LOSU). A esto se suma lo dispuesto en el art. 32.4 del RD 678/2023 en materia de conflictos de interés.

Aunque se permite que la universidad convocante de la plaza elabore la lista de personas susceptibles de ser sorteadas, la nueva regulación ha recibido una valoración positiva por parte de ANDRÉS LLAMAS: «En particular, la exigencia de miembros externos a la universidad convocante y elegidos por sorteo público —aunque se trate de un sorteo restringido— en las comisiones de selección puede favorecer una mayor efectividad de los principios de imparcialidad, independencia y objetividad en los procesos selectivos»³¹⁹. A nuestro

³¹⁶ Cfr. ANDRÉS LLAMAS, M.A., «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», cit., p. 21; AYMERICH CANO, C., «Selección y promoción del profesorado de las universidades públicas», cit., p. 466; GÓMEZ OTERO, C.A., «A vueltas sobre la imparcialidad en el acceso a cuerpos docentes universitarios. El Real Decreto 678/2023, de 18 de julio», *Diario La Ley*, n.º 10368, 2023, p. 2; JALVO MARINA, M.B., «El profesorado de los cuerpos docentes universitarios y el personal docente e investigador laboral en la LOSU», en MATIA PORTILLA, F.J./DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2024, p. 128.

³¹⁷ Reclamando la presencia de «miembros externos a la academia» en las comisiones, CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 40.

³¹⁸ ANDRÉS LLAMAS, M.A., «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», cit., p. 21; CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», cit., p. 197; AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», cit., p. 408; GAVARA DE CARA, J., *Protección de la autonomía universitaria y defensa de las competencias en la Ley Orgánica del sistema universitario*, cit., p. 28; SENDÍN GARCÍA, M.A., «El profesorado universitario. Los cuerpos docentes universitarios», en RODRÍGUEZ-ARANA, J./SARMIENTO ACOSTA, M.J./SENDÍN GARCÍA, M.A. (coords.), *Comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del sistema universitario*, Colex, A Coruña, 2025, p. 271.

³¹⁹ ANDRÉS LLAMAS, M.A., «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», cit., p. 22.

parecer, se trata de un avance, aunque aún insuficiente, pues el sorteo debería ser ampliado para incluir a todo el profesorado del área de conocimiento, de igual o superior categoría a la plaza convocada. Al menos, no es la universidad la que directamente designa a todos los miembros del tribunal.

En cuanto a la abstención de los miembros de las comisiones evaluadoras, a pesar de la concurrencia de circunstancias que deberían motivarla, lo cierto es que rara vez se produce³²⁰. Con carácter general, resulta aplicable el régimen de abstención y recusación del procedimiento administrativo común (art. 23 y concordantes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre).

El RD 678/2023 ha introducido, no obstante, la noción de conflicto de interés, que incluye supuestos de especial vinculación entre aspirantes y miembros de las comisiones evaluadoras que tradicionalmente no habían sido considerados como causas de recusación o abstención por los tribunales³²¹. En concreto, el art. 32.4 RD 678/2023 establece que la existencia de un conflicto de interés con respecto a cualquier persona candidata deberá motivar la renuncia del miembro afectado, si concurre alguna de las siguientes circunstancias³²²: a) haber sido coautor o coautora de publicaciones o patentes en los últimos seis años³²³; b) haber mantenido relación contractual o haber formado parte de los equipos de investigación que participan en proyectos o contratos de investigación junto con la persona candidata; c) ser o haber sido director o directora de la tesis doctoral defendida en los últimos seis años.

Estas situaciones, si bien no determinan automáticamente la nulidad de los actos realizados, pueden dar lugar a su anulabilidad si se demuestra que la intervención del miembro afectado fue decisiva

³²⁰ MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», *Actualidad administrativa*, n.º 5, 2008, p. 2.

³²¹ GÓMEZ OTERO, C.A., «A vueltas sobre la imparcialidad en el acceso a cuerpos docentes universitarios. El Real Decreto 678/2023, de 18 de julio», cit., p. 4.

³²² Sobre su interpretación, vid. GÓMEZ OTERO, C.A., «A vueltas sobre la imparcialidad en el acceso a cuerpos docentes universitarios. El Real Decreto 678/2023, de 18 de julio», cit., pp. 6 y ss., quien pone de manifiesto que, en realidad, por la redacción del precepto no se trata de un *numerus clausus*; de tal manera que, a su juicio, «debería extenderse la declaración a cualquier situación que pudiera comprometer una valoración objetiva. A modo de ejemplo, una importante colaboración en actividad empresarial como la de ser socio de una *spin off* universitaria».

³²³ Sobre esto, los tribunales venían realizando pronunciamientos dispares cuando se planteaba como causa de recusación haber realizado trabajos de investigación conjuntos; vid. CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M., «Recusación y abstención de funcionarios públicos en procesos selectivos de acceso a la Función Pública», *Actualidad administrativa*, n.º 3, 2016, p. 3.

para el resultado final del proceso (arts. 48 y 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre). Se ha planteado, en este sentido, la conveniencia de extender estos criterios también a los procedimientos de contratación del profesorado laboral, incorporándolos de forma expresa en las normativas autonómicas y en las normativas internas de las universidades, con el objetivo de salvaguardar la imparcialidad y la objetividad en la selección del PDI³²⁴.

Otra de las medidas dirigidas a combatir la endogamia es la prohibición de incluir perfiles específicos en las convocatorias, relativos generalmente a líneas de investigación. En ocasiones, algunos perfiles coincidían incluso con títulos de trabajos publicados por una determinada persona. Quien no se adecuaba al perfil debía ser descartado o sus méritos recibían una puntuación menor. Según MONROY ANTÓN³²⁵, «este tipo de convocatoria, lógicamente, vulnera los principios de mérito e igualdad que deben estar presentes según la legislación española». De conformidad con lo establecido por el art. 29.2 RD 678/2023, «las plazas convocadas a concurso para el acceso a los cuerpos docentes universitarios deberán indicar una o más especialidades de conocimiento a las que se adscriben y no podrán perfilarse más allá de esta adscripción». Según la Disposición Adicional novena del RD 678/2023, las comunidades autónomas y las universidades regularán respecto de los concursos de acceso a plazas de profesorado laboral «la limitación de la perfilación de las plazas a dicha adscripción en términos análogos a los establecidos para los cuerpos docentes universitarios». En teoría, la prohibición de perfilación alcanza también a las plazas de profesorado laboral, si bien su aplicación concreta dependerá de la regulación que adopten las comunidades autónomas y las propias universidades.

Corresponde a cada universidad, a través de su normativa interna, determinar tanto el número de integrantes de las comisiones de selección como los requisitos de cualificación exigibles a sus miembros. Asimismo, es responsabilidad de cada universidad elaborar, para cada concurso, el listado de profesorado externo sorteable. Las normativas internas han de prever también el número de personas que

³²⁴ GÓMEZ OTERO, C.A., «A vueltas sobre la imparcialidad en el acceso a cuerpos docentes universitarios. El Real Decreto 678/2023, de 18 de julio», cit., p. 7. Este autor ha propuesto «extender este tipo de conflicto de intereses a otros procesos universitarios, tales como tribunales de tesis, tribunales de TFG y TFM y cualesquiera otro proceso selectivo de personal investigador al amparo de la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Las situaciones que se pueden dar son muy semejantes y las obligaciones de imparcialidad deberían ser las mismas».

³²⁵ MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 2.

formarán parte de dicho listado. En cuanto a los requisitos de cualificación para los miembros sorteables que permite incluir la LOSU, estos pueden consistir, por ejemplo, en poseer un determinado número de tramos de investigación o de docencia³²⁶. Ahora bien, tal y como advierte SENDÍN GARCÍA, el concepto de lista cualificada «constituye un concepto jurídico indeterminado de no fácil precisión»³²⁷. La exigencia de cualificación tendrá como efecto inmediato la reducción del número de personas susceptibles de ser incluidas en el listado de docentes sorteables³²⁸. AMOEDO-SOUTO³²⁹ menciona adecuadamente la posibilidad de establecer méritos cualificados en función del perfil de cada concurso (distinguiendo por ejemplo entre concursos de turno libre o de promoción).

Las comisiones están compuestas por un presidente, un secretario y uno o varios vocales. Cuando la comisión esté integrada por cinco miembros, el presidente y el secretario podrán pertenecer al departamento al que se adscribe la plaza convocada. Los vocales, en cambio, deberán ser profesorado externo, procedente de otras universidades. La designación del presidente y del secretario corresponderá a la universidad convocante, generalmente a propuesta del departamento al que está adscrita la plaza.

Según la valoración crítica de MATIA PORTILLA, «la reforma no garantiza un acceso a los cuerpos docentes universitarios que respete el principio de igualdad. La LOSU no solamente no acaba con la desigualdad en el diseño de los concursos a PTUNs y CAUNs existentes en nuestro país, sino que asume esta indeseable situación con normalidad. Y la aparente intención de externalizar las comisiones no pasa de ser un retoque cosmético, puesto que el sorteo se realizaría en base a un listado elaborado por la propia Universidad (léase Departamento) afectada»³³⁰.

SERRANO GÓMEZ se ha mostrado aún más incisivo en sus críticas: «No se dice cuál ha de ser el número de los que han de integrar la lista. Esta puede ser reducida y nombrar a profesores afines, por tanto, la situación sigue prácticamente igual. En todo caso permite

³²⁶ CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», cit., p. 197.

³²⁷ SENDÍN GARCÍA, M.A., «El profesorado universitario. Los cuerpos docentes universitarios», cit., p. 271.

³²⁸ AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», cit., p. 409.

³²⁹ AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», cit., p. 398.

³³⁰ MATIA PORTILLA, F.J., «¿Supone un avance la LOSU?», cit., pp. 62-63.

eliminar a los enemigos. Tampoco se especifica cómo ha de ser la lista “cualificada”, que según el Diccionario de la RAE es “calificado de autoridad, mérito y respeto. De buena calidad o de buenas cualidades”. Antes los componentes de las comisiones eran cinco, ahora ya hay universidades que los reducen a tres»³³¹.

Históricamente, se ha cuestionado la participación de miembros del propio departamento, con quienes el candidato local suele mantener vínculos personales o de amistad, en las comisiones de selección, así como la aprobación de criterios diseñados *ad hoc* para favorecer los méritos de un determinado aspirante³³², preorientando de este modo la resolución del concurso. Aunque la LOSU impone que la mayoría de los miembros de las comisiones de selección deben ser externos a la universidad convocante, se permite la presencia de miembros internos (elegidos directamente por el departamento), que además ocuparán los cargos de presidente y secretario de la comisión, y en la práctica son los departamentos quienes proponen la composición de estas comisiones³³³. Esta situación ha contribuido a alimentar la percepción generalizada de falta de imparcialidad en los procesos selectivos, hasta el punto de que, al decir de SERRANO GÓMEZ³³⁴, «casi siempre concursa solo el candidato de la universidad convocante, pues otros que podrían hacerlo dudan de la imparcialidad del tribunal»³³⁵. En estas circunstancias, incluso personas altamente cualificadas optan por no presentarse. Según ha expresado GÓMEZ GIL, «cualquier especialista ajeno a él [a un departamento], que haya mostrado su competencia se convierte a sus ojos en irreconciliable enemigo y en su contra se hará lo imposible por impedirle el acceso a su departamento»³³⁶.

³³¹ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 17.

³³² MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 2.

³³³ SERRANO GÓMEZ, A., «¿Qué estáis haciendo con la Universidad? Marginación de la ciencia en la selección del profesorado», cit., p. 3; el mismo, «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., pp. 7-8 y 17.

³³⁴ SERRANO GÓMEZ, A., «¿Qué estáis haciendo con la Universidad? Marginación de la ciencia en la selección del profesorado», cit., p. 3.

³³⁵ Para ANDRÉS LLAMAS, «la forma en que se elabore la lista cualificada objeto del sorteo será determinante de la eficacia de una regulación con loable finalidad desde la perspectiva del principio de buena administración». «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», cit., p. 21.

³³⁶ GÓMEZ GIL, A., «Estafa y prevaricación en la enseñanza universitaria», *Cuadernos republicanos*, n.º 35, 1998, p. 68.

Se ha denunciado que los procesos de selección del profesorado en las universidades públicas están plagados de irregularidades y fraudes^{337/338}. Junto a su marcado carácter endogámico, esta es una de las críticas más frecuentes que recibe el sistema³³⁹. En opinión de GAVARA DE CARA, el sistema de selección del profesorado «puede envolver criterios endogámicos con cierta facilidad, ya que se puede establecer comisiones, ejercicios y perfiles que favorezcan a los candidatos internos de la propia Universidad»³⁴⁰. También ha sido objeto de reproche la escasa objetividad de las pruebas orales, lo cual «reduce las posibilidades de hacer una efectiva comparación entre candidatos, favoreciendo la subjetividad de los juzgadores»³⁴¹. Se ha afirmado asimismo que la selección del profesorado es «cada vez más opaca y menos rigurosa»³⁴². Algunos autores llegan incluso a hablar de «corrupción y arbitrariedades en la selección del profesorado»³⁴³. Según SERRANO GÓMEZ el sistema está «lleno de corruptelas»³⁴⁴. La consecuencia de todo ello es la incorporación de un personal me-

³³⁷ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 1; MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., pp. 1 y ss.; GAVARA DE CARA, J., *Protección de la autonomía universitaria y defensa de las competencias en la Ley Orgánica del sistema universitario*, cit., p. 382.

³³⁸ MONROY ANTÓN señala que en las plazas de profesorado asociado, por ser las más frecuentes, se pueden acumular mayores irregularidades. «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 2. Según ANDRÉS LLAMAS, la plaza de asociado, a raíz de la Gran Recesión, fue utilizada para que el profesorado se iniciase o continuase, supuso «la adulteración de los procesos selectivos, puesto que se optaba por elegir a sabiendas para estos puestos a jóvenes académicos (en lugar de a profesionales externos)». «Profesorado asociado y sustituto. Novedades e inconsistencias de la LOSU», cit., p. 161.

³³⁹ GÓMEZ GIL, A., «Estafa y prevaricación en la enseñanza universitaria», cit., p. 68; MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 1.

³⁴⁰ GAVARA DE CARA, J., *Protección de la autonomía universitaria y defensa de las competencias en la Ley Orgánica del sistema universitario*, cit., p. 388.

³⁴¹ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., pp. 1 y 3.

³⁴² CARRILLO SALCEDO, J.A., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, cit., p. 48.

³⁴³ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 4. No solamente eso, sino que, según este autor, «entre los profesores se ha aceptado o tolerado todo el sistema de arbitrariedades y corruptelas que rodean a la acreditación y posterior acceso a los cuerpos docentes universitarios, aunque algunos lo critiquen» (p. 21).

³⁴⁴ SERRANO GÓMEZ, A., «¿Qué estáis haciendo con la Universidad? Marginación de la ciencia en la selección del profesorado», cit., p. 1.

nos capacitado³⁴⁵ y, en última instancia, una degradación de la educación superior o posobligatoria.

La normativa universitaria, pese a los aspectos positivos de la LOSU, genera efectos criminógenos al permitir que sean las propias universidades las que designen a los miembros de las comisiones evaluadoras encargadas de juzgar las plazas a las que optan sus propios profesores o los candidatos formados en sus departamentos³⁴⁶. Prácticamente es el candidato quien selecciona a los miembros de la comisión, que son propuestos por el departamento correspondiente y nombrados por la universidad³⁴⁷. En palabras de SARMIENTO ACOSTA, «no es posible albergar muchas esperanzas con el nuevo sistema que propicia la LOSU, porque esas listas confeccionadas por las propias universidades para los sorteos también están elaboradas con los que son de la propia cuerda, escuela o ámbito, con lo que la neutralidad que se pretende queda bastante desnaturalizada»³⁴⁸.

A ello se añade que son las comisiones las que no sólo evaluarán a los candidatos, sino que también, con carácter previo, y con mayor o menor discrecionalidad, fijarán los criterios específicos de valoración, aunque estos deban acomodarse a lo establecido en las bases de la convocatoria y tendrán que ser aprobados, en última instancia, por la universidad convocante. Los criterios específicos pueden allanar el terreno para favorecer la solución deseada.

Ciertamente, la propia regulación facilita prácticas fraudulentas o irregulares, así como arbitrariedades y abusos de diversa índole. Algunos concursos han estado totalmente amañados. La regulación vigente da un paso importante mediante la prohibición de la perfilación de las plazas (aunque permite la inclusión de especialidades de conocimiento: derecho penitenciario, v. gr.) y la regulación del conflicto de interés. Con la exigencia de comisiones mixtas, formadas por miembros internos y externos a la universidad convocante, y el sorteo

³⁴⁵ MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 3.

³⁴⁶ Por todos, SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 37; el mismo, «40 años evaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 3. Vid. también SENDÍN GARCÍA, M.A., «El profesorado universitario. Los cuerpos docentes universitarios», cit., pp. 242 y ss.

³⁴⁷ SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 44.

³⁴⁸ SARMIENTO ACOSTA, M.J., *Autonomía y organización de las universidades públicas y privadas (estudio crítico de las premisas y prejuicios de una regulación mejorable)*, cit., p. 43.

de los miembros externos, se busca minimizar posibles favoritismos en la selección del profesorado a tiempo completo.

Ahora bien, las universidades ejercen un control directo sobre la elaboración de las listas de profesorado «sorteable», lo que permite componer tribunales potencialmente —cuando no abiertamente— favorables a un determinado candidato. Aunque haya que celebrar todas las pruebas previstas, el concurso puede estar fácilmente amañado. La posibilidad de manipulación aumenta cuanto mayor sea la discrecionalidad de la que goza la comisión (por ejemplo, cuando se trata de valorar un ejercicio). Estas comisiones están integradas por una minoría de miembros de la universidad convocante (normalmente pertenecientes al departamento al que está adscrita la plaza) y por una mayoría de personas procedentes de otras universidades. Así, por ejemplo, en un tribunal compuesto por cinco miembros, sólo dos pueden ser profesores de la universidad convocante; pero la designación de estos dos «jueces» se produce directamente a propuesta de los departamentos³⁴⁹.

Los profesores incluidos en las listas de sorteables deben cumplir tanto los requisitos generales establecidos por la normativa universitaria como aquellos adicionales que pueda imponer cada universidad (como contar con un sexenio de investigación vivo, por ejemplo). De ese listado de posibles miembros, se puede excluir a académicos críticos o no alineados, incluyendo únicamente a quienes sean «de la cuerda». En realidad, no se deja fuera a nadie, porque no se trata de un sorteo entre todos los profesores de la disciplina, sino únicamente entre aquellos previamente seleccionados por la universidad (*rectius*: por el departamento interesado). El tráfico de favores —¿de influencias?— para que se apoye a un determinado concursante es habitual³⁵⁰. El delito de tráfico de influencias (arts. 428 y ss. CP), que podría surgir cuando se influye sobre un compañero para que éste dé su apoyo a un concursante determinado, podría entrar en concurso

³⁴⁹ Cfr. CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, cit., pp. 39-40.

³⁵⁰ Cfr. CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, cit., p. 40. Señala SERRANO GÓMEZ que «también sucede en ocasiones que dentro de un departamento las relaciones personales de profesores o de jerarquía —normalmente los catedráticos— influyen sobre algún compañero o subordinado para que apoye a un concursante. Estas conductas podrían dar lugar a un delito de tráfico de influencias». *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 44.

medial o instrumental con otras infracciones, como el delito de nombramiento ilegal del art. 405 CP³⁵¹.

Aunque formalmente hay sorteo, este se efectuará, si así se quiere, entre personas predispuestas a apoyar a un determinado candidato. En la práctica, resulta irrelevante quién acabe formando parte efectivamente de la comisión, si todos los potenciales miembros votarán a favor de un aspirante concreto. Al ser los departamentos los que proponen no sólo la lista de miembros externos, sino en realidad también la propia comisión evaluadora, el candidato local (o quien lo ampare) puede llegar a influir *de facto* en la composición del tribunal. Los departamentos funcionan como estructuras cerradas que concentran el poder real tanto en los procesos de selección del profesorado como, en la práctica, en la definición de los criterios de evaluación (los cuales pueden ser, más que propuestos, impuestos por los miembros de la universidad convocante). Este corporativismo favorece la lealtad personal sobre la meritocracia, la cual queda profundamente erosionada. Cuando, como sucede en el caso de los asociados y sustitutos, la comisión está formada íntegramente por profesorado de la universidad que convoca la plaza el riesgo de fraude se incrementa considerablemente. Si hay tribunal de oposición, basta con asegurarse el voto de la mayoría. Y así, «tener los tres votos [de cinco] antes de los concursos ha sido el escandaloso *pedigree* de mucha gente para presentarse», como ha denunciado CAPELLA HERNÁNDEZ³⁵². En definitiva, es posible, pese a las reformas realizadas por la LOSU y su reglamento de desarrollo, conformar una lista de miembros sortea- bles predispuestos a votar a favor de un candidato determinado.

En cuanto a la fijación de los criterios específicos de evaluación, aunque estos deben respetar los baremos o criterios generales establecidos por cada universidad, existe un margen más o menos amplio para adaptarlos al perfil del aspirante preferido. Así, puede asignarse mayor o menor puntuación, dentro de los máximos permitidos, a determinados ítems, condicionando el resultado final. Sin duda, la definición de estos criterios puede servir como un mecanismo encubierto de exclusión de candidatos. En suma, dado que estos criterios específicos son elaborados por la propia comisión evaluadora, si esta

³⁵¹ Así, CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», *Cuadernos de política criminal*, n.º 143, septiembre 2024, pp. 162-163.

³⁵² Cfr. CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, cit., p. 40.

es favorable a un candidato determinado, dicha preferencia tenderá a reflejarse ya en el diseño mismo de los propios criterios.

En lo que afecta al conflicto de interés, la eficacia práctica de las previsiones incorporadas por el RD 678/2023 depende en gran medida de la autorregulación de los evaluadores, sin que exista un control externo efectivo. Muchas relaciones informales escaparán a estas previsiones, lo que permite mantener una densa red de afinidades sin base objetiva para motivar una recusación. Es sabido, como ha señalado DÍEZ PICAZO, que «cuando se actúa sin conflicto de intereses la experiencia demuestra que las opiniones y los juicios de valor de los profesores de universidad terminan siendo muy parecidos»³⁵³.

Sin perjuicio de que la dureza de los procesos, como es ampliamente reconocido, haya ido disminuyendo progresivamente, la autonomía universitaria, en lo que se refiere a la selección del profesorado, puede ser utilizada de manera perversa. Como dice RODRÍGUEZ MOURULLO, «a los defectos propios de los métodos de selección vino a sumarse un uso perverso de la autonomía universitaria, que con frecuencia se puso al servicio del candidato del “pueblo” agazapado a la sombra del “campanario”, ahuyentando la concurrencia de los “de fuera”, con lo que la selección se viciaba ya de raíz»³⁵⁴.

Entre las posibles medidas para evitar prácticas fraudulentas pueden mencionarse las siguientes: la realización de un examen oral para que los candidatos demuestren conocer la asignatura³⁵⁵, y sobre todo, la ampliación de las listas de sorteables a todos los profesores de la materia³⁵⁶, sin que el nombramiento de los tribunales, o de parte de sus miembros, dependa directamente de las propias universidades. La autonomía universitaria, en este sentido, debería ser limitada³⁵⁷. Sería deseable que todos los miembros de las comisiones fueran externos a la universidad convocante. También debería, cuando menos, restarse peso al poder que tiene la comisión para definir los criterios específicos de valoración, por ejemplo, utilizando siempre unos mismos criterios fijados con antelación por las universidades, aunque

³⁵³ DÍEZ PICAZO, L., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, cit., p. 63.

³⁵⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en SOSA WAGNER, F./FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, cit., p. 133.

³⁵⁵ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 22.

³⁵⁶ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 22.

³⁵⁷ Cfr. MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», cit., pp. 18 y 32.

esto no es fácil debido a la diversidad de especialidades o áreas de conocimiento. En última instancia, los principales perjudicados son los estudiantes, que recibirán clases impartidas por personas menos competentes, y la propia sociedad, que terminará contando con titulados y profesionales cuya formación será, en muchos casos, deficiente.

A un nivel más general, sería positivo que las universidades públicas adoptaran medidas preventivas frente a posibles prácticas corruptas (tipo *compliance*), junto con sistemas o canales internos de denuncia o información (estos últimos ya exigidos por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción).

2. Análisis de la posible aplicación del art. 404 CP

En el contexto de la selección del profesorado universitario, podrían cometerse delitos de prevaricación³⁵⁸. Como señala acertadamente SERRANO GÓMEZ, «si partimos de que se proponen a profesores que suelen aceptar apoyar al de casa se está corriendo el riesgo de que se cometan delitos de prevaricación»³⁵⁹. De hecho, parece que la comisión de estos delitos ha sido frecuente: «los tribunales sabían que se otorgaban injustamente plazas a quienes no las merecían»³⁶⁰.

Diversos autores han señalado ejemplos de lo que, a su juicio, podrían constituir conductas prevaricadoras en los procesos de selección del PDI: proponer el nombramiento del concursante que ha obtenido un menor número de votos en el conjunto de los ejercicios³⁶¹; declarar desierta una plaza pese a que un candidato ha superado la puntuación mínima en todas las pruebas³⁶²; otorgar una puntuación injusta a determinados méritos, v. gr., a la experiencia profesional en

³⁵⁸ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 6-7; MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 5; SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 37.

³⁵⁹ SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 38.

³⁶⁰ SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 42.

³⁶¹ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 5.

³⁶² SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 5.

el caso del profesorado asociado³⁶³; o, en definitiva, votar a favor del aspirante que objetivamente no lo merece³⁶⁴.

Según SERRANO GÓMEZ, «podrían incurrir en prevaricación los miembros de una comisión cuando “a sabiendas” de que no es justo proponen que se adjudique una plaza a un concursante que carece de méritos suficientes. También podrían cometer este delito miembros de la comisión que carecen de competencia absoluta para resolver el concurso a una plaza de área de conocimiento diferente a la de sus especialidades, como puede ser que pertenezcan a facultades o escuelas ajenas a la materia del concurso. También puede cometerse el delito en los supuestos en que solamente se presente el candidato. Si todos o la mayoría de los componentes de la comisión conocen las deficiencias del concursante, y que es injusto concederle la plaza, los que lo propongan pueden cometer un delito de prevaricación»³⁶⁵.

Es cierto que, en el desarrollo de los procedimientos de selección del profesorado, pueden producirse arbitrariedades, en parte facilitadas por la propia normativa estatal, autonómica y «local» que los regula. Sin embargo, determinar si los miembros de la comisión de selección, que evalúa a los candidatos y propone la provisión de la plaza, pueden incurrir en un delito de prevaricación administrativa requiere un análisis más profundo, y siempre efectuado desde una perspectiva objetiva, desapasionada.

Con carácter previo, conviene recordar que, para que una resolución tenga relevancia típica, «el delito exige que la resolución resulte arbitraria, en el sentido de que además de contrariar la razón, la justicia y las leyes, lo haga desviándose de la norma praxis administrativa de una manera flagrante, notoria y patente, esto es, que el sujeto activo dicte una resolución que no sea el resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad» (STS 693/2018, de 21 de diciembre — ECLI:ES:TS:2018:4415).

Es necesario, en primer lugar, abordar si concurren los elementos del tipo objetivo del art. 404 CP: funcionario público, asunto administrativo y resolución (arbitraria)

³⁶³ MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 2.

³⁶⁴ SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», cit., p. 5.

³⁶⁵ SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., p. 41.

El profesorado que forma parte de las comisiones de selección en una universidad pública debe ser considerado funcionario público en sentido penal, cumpliéndose así el primer requisito para poder ser sujeto activo de cualquiera de los delitos de funcionarios públicos previstos en el Código, incluida la prevaricación administrativa. Ya lo vimos antes. En el delito del art. 404 CP, se exige además que el funcionario tenga facultades decisorias (propias o por delegación) y, con buen criterio, que su actuación tenga lugar dentro del marco genérico de sus competencias. Esto debe valorarse una vez determinado qué acto puede considerarse «resolución» en un procedimiento administrativo concreto. La competencia para resolver recae sobre un órgano determinado (unipersonal o colegiado), siendo su titular el único que, de ordinario, puede ser considerado autor del delito de prevaricación³⁶⁶.

Un concurso público para la provisión de una plaza de profesor constituye, sin duda, un procedimiento administrativo, en tanto que sometido a normas del derecho administrativo. Las pruebas selectivas se rigen por las bases de la convocatoria, la normativa interna de la universidad convocante y la legislación autonómica y estatal aplicable. En lo que no esté específicamente regulado, se aplicarán las normas del procedimiento administrativo común. Y son aplicables también los principios que rigen el acceso al empleo público. Este procedimiento se inicia con la publicación de la resolución de la convocatoria del concurso (que firmará el rector o en algunos casos el vicerrector de profesorado por delegación) y finaliza con la resolución del rectorado, por la que se dispone el nombramiento o la suscripción del correspondiente contrato laboral, tras la propuesta de provisión del candidato que, declarado apto, haya obtenido la mayor puntuación en la evaluación. Estamos, por lo tanto, como requiere el tipo penal, ante un «asunto administrativo».

Las comisiones de selección deben evaluar motivadamente a los aspirantes y formular una propuesta de provisión, igualmente motivada, a favor del candidato que haya obtenido la mayor puntuación en la prueba o en el conjunto de las pruebas realizadas. La resolución del concurso corresponde al rectorado. La propuesta de la comisión tiene carácter vinculante (así lo establece, al menos, el RD 678/2023), salvo ilegalidad manifiesta, sin perjuicio de que los participantes puedan presentar ante el rector o rectora, sino están de acuerdo con ella, una reclamación en el plazo habilitado al efecto.

³⁶⁶ Por todos, GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, cit., p. 146.

La propuesta puede resultar arbitraria, cumpliéndose así también la exigencia típica de que el acto sea «arbitrario», si, por ejemplo, se propone a un candidato que objetivamente no lo merece, no se declara desierta la plaza pese a que ningún aspirante reúne los méritos y capacidades mínimos, o se deja desierta una plaza para evitar su ocupación por el candidato mejor valorado, que resulta no ser el preferido por la comisión. También puede ser arbitraria porque se hayan valorado unos mismos méritos de manera desigual a los candidatos, porque se hayan computado indebidamente a un candidato méritos inexistentes o cuando se excluye de la bolsa de trabajo a un aspirante que cumple la puntuación mínima exigida para ello. Proponer la provisión de plazas sin celebrar el concurso correspondiente o algunas de sus pruebas obligatorias constituiría, asimismo, un acto arbitrario. En todos estos casos, se evidencia la falta de objetividad por parte de la comisión. Lo importante es que se trate de actuaciones realizadas sin ninguna base para ello, totalmente inmotivadas, cuya única explicación se encuentre en el mero actuar caprichoso de la comisión. La propuesta debe ser injusta, bien porque vulnere las previsiones constitucionales relativas al acceso al empleo público o, de una manera ostensible, una norma de legalidad ordinaria. La injusticia puede emanar tanto de la violación de normas sustantivas como de normas procedimentales³⁶⁷.

Desde el plano subjetivo, la actuación consistente en proponer arbitrariamente la provisión de una plaza puede realizarse dolosamente y «a sabiendas de su injusticia».

Según lo expuesto, podrían concurrir varios de los elementos típicos del art. 404 CP: la condición de funcionario público, el acto dictado en asunto administrativo, la arbitrariedad del acto y el elemento subjetivo de actuar «a sabiendas» (además del dolo). La actuación de la comisión, aunque revestida de apariencia de legalidad y motivación, puede ser contraria a derecho y arbitraria. La cuestión verdaderamente relevante, sin embargo, es otra: ¿es posible considerar la propuesta de provisión de la comisión de selección como una resolución a los efectos del art. 404 CP? Una respuesta afirmativa a tal pregunta permitiría sostener que los miembros de la comisión podrían respon-

³⁶⁷ «En el procedimiento de selección hay requisitos formales que son esenciales para garantizar la transparencia del proceso selectivo y cuya omisión puede determinar la nulidad de las actuaciones. Son, fundamentalmente, la fijación de unos criterios de valoración bien definidos; la motivación de las actuaciones de la Comisión Juzgadora (informes y actas), y la congruencia de la votación y propuesta final con los actos anteriores». Así, HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 2.

der, cuando su propuesta es injusta y arbitraria, como coautores de un delito de prevaricación administrativa.

En nuestra opinión, y por las razones previamente expuestas, la propuesta de provisión de una plaza en un concurso público no es una resolución³⁶⁸. La redacción del art. 404 CP exige que, a sabiendas de su injusticia, un funcionario público dicte una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se entiende por resolución todo acto administrativo que contenga una declaración de voluntad del órgano público, con contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados. Si se cumplen tales presupuestos, no es imperativo que se trate de la resolución final o de fondo. Un acto intermedio o de trámite puede tener contenido decisorio y afectar a los derechos de los administrados, por lo que, en tal caso, tendría cabida en el concepto de resolución, como bien entiende un sector de la doctrina y también la jurisprudencia. Aunque la propuesta de provisión posee materialmente un carácter decisorio, en la medida en que determina de forma sustancial el contenido del acto definitivo que pondrá fin al procedimiento, lo cierto es que no resuelve el concurso; por sí misma, no adjudica la plaza ni nombra al aspirante y no produce efectos jurídicos. Definitivamente, no crea, modifica ni extingue derechos de los ciudadanos. La competencia para dictar la resolución final (o definitiva) en el procedimiento de selección corresponde al rectorado (rector o persona en quien éste delegue, normalmente dependiendo de la figura docente sobre la que verse el concurso). Y ello, aun cuando los miembros de la comisión sean, en la práctica, quienes materialmente realizan la adjudicación de la plaza. El rector (o vicerrector, en su caso), se limita, una vez finalizadas las actuaciones de la comisión, y a la vista de su propuesta, a dictar la resolución por la que se acuerda el nombramiento del candidato seleccionado (en el caso de los funcionarios) o la suscripción de contrato laboral (en el caso del PDI laboral); de una manera amplia, es posible, no obstante, hablar de nombramiento en ambos casos³⁶⁹.

La intervención de la comisión de selección no es ni aislada ni accesoria, sino plenamente determinante para la decisión final, dada la forma en que se desarrollan los procesos de selección del profe-

³⁶⁸ De otra forma, sin embargo, aunque sin argumentar el porqué, HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHE CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 6; SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, cit., pp. 41-42.

³⁶⁹ CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 405», en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1920.

sorado universitario cuando se requiere la celebración de concurso. Corresponde a la comisión, realizando un juicio técnico, evaluar a los candidatos y formular motivadamente al rectorado la propuesta de provisión de la plaza convocada. Estas propuestas son vinculantes. El rectorado no puede modificar de manera discrecional la valoración realizada por la comisión ni nombrar a un candidato distinto del propuesto, sin perjuicio de que pueda apartarse de ellas en caso de manifiesta ilegalidad y de que los candidatos puedan interponer una reclamación contra las mismas. Se justifica que la propuesta sea vinculante, dado que los candidatos son evaluados por una comisión experta en la materia. En teoría, lo que se pretende es asegurar que la decisión final no dependa de un criterio, político o de otra índole, ajeno a la valoración técnica de especialistas en la materia sobre la que verse la plaza.

No desconocemos la eficacia determinante que tiene la propuesta de la comisión en la decisión final, pero su encaje en el concepto penal de resolución es más que discutible, si se quiere salvaguardar el principio de legalidad penal. Sencillamente, implicaría una interpretación extensiva del tipo (*in malam partem*) aplicándolo a supuestos no previstos por el legislador. Según la doctrina mayoritaria, los actos previos o de trámite de contenido no decisorio y no afectantes a la órbita de los derechos de los administrados (o al interés general), aun cuando sean vinculantes y no dejen margen de decisión al órgano resolutor, que no puede apartarse de ellos (salvedad de su ilegalidad), no constituyen resoluciones. Por tanto, quienes los emiten o realizan —en este caso, los miembros de la comisión de selección— no pueden ser reputados autores del delito de prevaricación administrativa. Con esta interpretación, sólo podría prevaricar el órgano decisor, es decir, el rector o la persona en quien este delegue (habitualmente el vicerrector de profesorado si hablamos de contratados laborales), puesto que es él quien está facultado para dictar la resolución final, y siempre que concurren todos los elementos típicos, incluyendo la actuación «a sabiendas de su injusticia». Por supuesto, no es posible, hasta donde alcanzamos, delegar en la comisión de selección para que ésta también proceda al nombramiento del candidato seleccionado por ella misma. El rector de la universidad es un profesor-investigador perteneciente a la propia institución, elegido por la comunidad universitaria entre el profesorado con vinculación permanente³⁷⁰. Los vi-

³⁷⁰ Según el art. 51.1 LOSU, «los candidatos o candidatas deberán ser personal docente e investigador permanente doctor a tiempo completo y reunir los méritos de investigación, docencia y experiencia de gestión universitaria que determinen los Estatutos. En todo caso, dichos méritos deberán garantizar una alta capacidad inves-

cerrectores, órganos unipersonales al igual que sucede en el caso del rector o rectora, también son profesores.

En la dirección aquí defendida, la SAP Madrid, 435/2020, de 12 de noviembre (ECLI:ES:APM:2020:12444), confirmada por la STSJ Madrid 61/2021, de 24 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2021:1392), precisamente sobre un caso en el que se acusaba de prevaricación a los miembros de una comisión de selección de varias plazas de profesorado asociado en la Facultad de Odontología de la Universidad Complutense de Madrid, estima que «las sucesivas propuestas de provisión de las diferentes plazas emitidas por la Comisión de selección, integrada por los cinco acusados, no puede considerarse como una resolución a los efectos del tipo penal examinado, tratándose de un acto de trámite, respecto de la decisión ulterior sobre la adjudicación de la plazas a los candidatos del concurso, por cuanto resulta necesario dictar posteriormente la única resolución que puede considerarse definitiva». Asimismo, se señala allí que «por otro lado las propuestas de provisión de plazas efectuada por la Comisión integrada por los acusados, no son recurribles en vía contencioso administrativa a diferencia de las resoluciones de la Comisión de reclamaciones vinculantes para el Rector, que agotan la vía administrativa y son impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa».

En suma, quien dicta la resolución de fondo sobre la adjudicación, mediante la cual se nombra al candidato propuesto por la comisión de selección, sí que podría prevaricar, siempre que el acto sea arbitrario y concurren los requisitos de la tipicidad subjetiva.

La conclusión alcanzada, sin embargo, resulta insatisfactoria. Actuaciones que condicionan completamente la decisión final, y que son las que en realidad provocan que la resolución del órgano decisor adolezca de arbitrariedad, quedan extramuros del tipo penal. A quien dicta la resolución definitiva no podrá sancionársele si no concurren los elementos subjetivos de la tipicidad, de manera que existirá, en tales supuestos, un vacío de punibilidad. Con todo, no estaría descartada la posible responsabilidad de los miembros de la comisión como partícipes, cuestión esta que, en todo caso, requiere también de un análisis detenido.

La jurisprudencia, y parte de la doctrina admiten —nosotros nos hemos posicionado también a favor de ello— que los actos de trámite con contenido decisorio pueden ser considerados «resoluciones» a los

tigadora, una acreditada trayectoria docente así como una suficiente experiencia de gestión universitaria en algún cargo unipersonal».

efectos del art. 404 CP, pese a no tener el carácter de actos definitivos. Sin embargo, una propuesta de provisión es un acto de trámite que no produce efectos directos sobre los derechos de los concursantes, y que no es susceptible de impugnación ante los tribunales de justicia. No se trata de uno de los actos de trámite que la normativa administrativa equipara a las resoluciones definitivas. Pero cabe introducir, en este momento, no obstante, algunos matices. En los procedimientos que incluyen varias pruebas, podría suceder que la comisión, de forma arbitraria, determine que un candidato no ha superado una fase del concurso, declarándolo no apto, y, en consecuencia, excluyéndolo del procedimiento. En estos casos, las actas de las pruebas sí constituirían una resolución, en tanto que hablamos de actos de trámite con contenido decisorio y que afectan a los derechos de los concursantes, pues impiden al aspirante que no alcanza la puntuación mínima continuar en el proceso. Son, por lo tanto, actos «definitivos» para los candidatos en esa situación³⁷¹. Se trataría de un acto de trámite de contenido decisorio y equivalente a una resolución. Esta interpretación, sin embargo, conduce a la siguiente paradoja: se admitiría la posibilidad de prevaricación de la comisión en relación con el acta de una prueba, pero no respecto de la propia propuesta de provisión. Y en todo caso, habría que reconocer que la comisión evaluadora ejerce facultades decisorias en relación con ese acto, aunque no las posea respecto de la resolución definitiva del concurso. El autor material del acto (quien decide) podría ser responsable del delito de prevaricación. Así, si admitimos esta interpretación, puede haber prevaricación en el dictado de un acta (si la resolución es arbitraria y concurren los elementos subjetivos del tipo), pero no en la formulación de una propuesta de provisión.

Tras el paréntesis anterior, y continuando con la cuestión de la autoría y sus formas, no cabe plantear, en nuestra opinión, una autoría mediata de los miembros de la comisión utilizando como instrumento al rector de la universidad, porque sólo puede ser autor del delito de prevaricación administrativa el órgano facultado para resolver; en este caso, considerando que el acto con dimensión típica es el que pone fin al procedimiento, adjudicando la plaza, el rector o rectora, o la persona en quien éste o ésta delegue. La comisión no ostenta atribuciones decisorias o resolutorias. Estamos con la prevaricación, como ya se indicó, ante un delito de infracción de deber, lo que implica que sólo puede ser autor quien incumpla el deber extrapenal que

³⁷¹ HERNÁNDEZ MARTÍN, R./BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», cit., p. 5.

le compete³⁷². Lo explica muy bien GUERRA TSCHUSCHKE: «podría un sujeto valerse de un funcionario competente como instrumento que dictase en su beneficio la resolución prevaricadora. Sin embargo, en este caso, el autor directo sería el propio funcionario o autoridad y el “hombre de atrás” nunca podría ser considerado autor por carecer de la condición subjetiva exigida por el tipo, pudiendo ser, no obstante, considerado partícipe como inductor u otra figura, pero no como autor mediato, lo que crea un supuesto de menor penalidad (...) por aplicación del art. 65.3 CP»³⁷³. Cuestión distinta es que se estime que una propuesta es una resolución, y entonces sí que podría ser sujeto activo quien la emite (pero no quien dicte la resolución que ponga fin al expediente, porque no tendrá facultades de dictado en relación con la propuesta). Según recuerda la STS 623/2020, de 19 de noviembre — ECLI:ES:TS:2020:3906), «solo puede ser autor el intraneus», debiendo entenderse por tal el funcionario con facultades decisorias en el concreto expediente administrativo. Únicamente podría ser autor mediato quien pueda serlo directo³⁷⁴, lo que no ocurre en el caso de las comisiones de selección.

En lo que respecta a la participación criminal, se acoge por doctrina mayoritaria y jurisprudencia el principio de accesoriedad limitada. Siendo así, para condenar al partícipe *extraneus* (en este caso de las comisiones de selección, funcionarios sin facultad para decidir) basta con que el hecho principal del *intraneus* sea típico y antijurídico, sin que se precise la culpabilidad de su autor (por todas, SSTs 222/2010, de 4 de marzo — ECLI:ES:TS:2010:1863; 623/2020, de 19 de noviembre — ECLI:ES:TS:2020:3906³⁷⁵). La comisión del hecho principal se producirá cuando se dicte la resolución arbitraria. Partiendo de que en el caso que nos ocupa, la resolución del rector (o vicerrector) es arbitraria como consecuencia —y no por otra causa distinta— de la actuación de la comisión de selección, deben diferenciarse dos situaciones o posibilidades, pero en ambos casos tiene que existir, imprescindiblemente, resolución por parte del órgano decisor.

³⁷² ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 338.

³⁷³ GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho Administrativo*, cit., p. 147.

³⁷⁴ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 374.

³⁷⁵ En esta sentencia se dice que «no hay obstáculo para afirmar la cooperación necesaria en este delito especial del acusado cuando concurre una decisión arbitraria, objetivamente considerada, en un asunto administrativo, aunque las autoridades —testigos a los que se refiere el recurrente— no lo hicieran a sabiendas de su injusticia, y, en consecuencia, no sean condenados».

La primera, si el órgano decisor actúa a sabiendas, es decir, cuando dicta la resolución con conocimiento de la injusticia de su actuación, normalmente por estar en connivencia con los miembros de la comisión. En este caso, el rector (o, si es posible, la persona en quien delegue) que dicta la resolución sería autor del delito del art. 404 CP, y no habría inconveniente en admitir la responsabilidad de los miembros de la comisión como partícipes, concretamente en concepto de cooperadores necesarios, dada la naturaleza de su intervención. Los integrantes de la comisión serían castigados con la misma pena que el autor del delito (art. 28 b). CP), sin perjuicio de que se les pueda aplicar la rebaja penológica del art. 65.3 CP. En todo caso, conviene añadir que la accesoriedad exige, puesto que el partícipe sólo puede ser condenado si se aprecia que la conducta del autor es típica y antijurídica, «salvo supuestos excepcionales (por ejemplo, que el autor haya sido enjuiciado y condenado con anterioridad) (...) el enjuiciamiento conjunto o prioritario de éste» (STS 979/2016, de 11 de enero de 2017 — ECLI:ES:TS:2017:4884). La coautoría no sería posible, dado que los miembros de la comisión no tienen facultades decisorias respecto de la resolución de nombramiento del rectorado.

Como segunda posibilidad, si el órgano decisor no tenía conocimiento de irregularidad alguna (o fue engañado o forzado), la cuestión se complica. La jurisprudencia permite sancionar al partícipe aunque el funcionario que dicta la resolución no sea culpable (SSTS 222/2010; 303/2013). Según la STS 623/2020, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3906), «el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de ésta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe». Como vimos previamente, si la expresión «a sabiendas de su injusticia» se refiere únicamente al dolo y, además, se entiende que el dolo es una forma, junto a la imprudencia, de culpabilidad, podría condenarse al partícipe aunque no se condene (precisamente por falta de dolo) a quien dictó la resolución prevaricadora. En cambio, si el dolo pertenece al tipo, como sostiene la doctrina mayoritaria, al no concurrir el dolo, no habría hecho típico y antijurídico, con lo cual no se podría condenar a los partícipes. De esta forma, la actuación de los miembros de la comisión quedaría impune (*ex* art. 404 CP), porque no se dan los requisitos para la participación (y tampoco, como dijimos unas líneas más arriba, para la autoría). En definitiva, la cuestión es si la ausencia de conocimiento de la injusticia de la actuación excluye la tipicidad o la culpabilidad. La jurisprudencia del TS se inclina por lo segundo, lo que le permite castigar al partícipe, con la misma pena

del autor, evitando así una importante área de impunidad. Solución dogmáticamente discutible, pero político-criminalmente adecuada, si bien sería más correcto valorar si pueden concurrir otros tipos penales (por ejemplo, una falsedad documental). Si consideramos —aquí lo hemos hecho— que el elemento «a sabiendas» es un elemento subjetivo del injusto y éste no concurre, la conducta principal sería atípica, por lo que tampoco existiría responsabilidad penal del partícipe.

No parece, tampoco, que la intervención de los miembros de la comisión pueda ser calificada como un caso de coautoría sucesiva, porque, como bien señala GÓMEZ TOMILLO, su actuación «tiene lugar con anterioridad a los hechos calificados como prevaricación, luego estamos ante un supuesto “normal” de participación en el delito; ni se trata de autoría, ni es sucesiva, ya que esta última se caracteriza precisamente por acaecer, simultánea o posteriormente a actos de ejecución llevados a cabo por otro sujeto»³⁷⁶.

Podría suceder, en otro orden de cosas, que la resolución del rector no llegue a emitirse, con lo cual no habría hecho principal. Según han destacado diversos autores, en estos casos la emisión de informe o propuesta podría ser constitutiva de un acto preparatorio³⁷⁷. La propuesta (o informe), eso sí, deberían ser de carácter vinculante³⁷⁸. En el caso que nos ocupa, la propuesta del tribunal o comisión de selección lo es. Los actos preparatorios son punibles en relación con los delitos del Título XIX del Libro II CP según el art. 445 CP. Con el Código anterior, cabría la provocación; con el vigente, difícilmente es posible en un supuesto como el que nos ocupa, por cuanto, *ex art.* 18.1 CP «1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito».

Ahora bien, y por valorar todas las posibilidades, si se adopta un concepto de resolución tan amplio como el postulado por la STS

³⁷⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., «Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídico penal de la complicidad sucesiva», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 10, 2002, pp. 74-75 (nota 3).

³⁷⁷ Vid. ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 673; VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», cit., p. 133; PAZ RUBIO, J.M./COVIÁN REGALES, M., «Artículo 404», cit., p. 3830; CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 42; GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 559.

³⁷⁸ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 42.

749/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258), no habría dificultad en interpretar que la propuesta de provisión puede considerarse una resolución. En ese caso, quien la emite, la comisión de selección, podría prevaricar, respondiendo del delito del art. 404 CP, en concepto de coautores, los integrantes de la misma. La responsabilidad penal se exigiría a título individual. En la STS 163/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:881) se destacó que, para colmar el concepto de resolución, «lo que hay que valorar es el carácter determinante en el proceso de formación de voluntad del acto para configurarlo con la adjetivación que permite aplicar el ilícito penal de prevaricación, y, sobre todo, la contribución causal del acto a esa formación de la voluntad». No hay duda de que la propuesta, su contenido, contribuye causalmente a la formación de la voluntad que se plasmará en la resolución rectoral por la que se acuerda la adjudicación de la plaza al candidato propuesto. Es más, siendo vinculante, ni siquiera habría tal formación de voluntad en estos casos, porque la resolución rectoral que pone fin al concurso acogerá lo propuesto. Pero esta interpretación tan amplia del concepto de resolución representa una interpretación extensiva del tipo penal, rayana a la analogía, no compartida de manera generalizada.

Asimismo, en alguna resolución se ha dicho por la Sala Penal del TS en relación con los informes, que «excepcionalmente pudieran valorarse como resoluciones cuando son vinculantes y quien dicta la resolución necesariamente actúa condicionado por el sentido del informe y debe ajustarse en un todo a sus términos, sin posibilidad de decidir de forma distinta, en los demás casos, cuando el informe no es vinculante, su existencia, e incluso su carácter convincente, no excluye la responsabilidad de un órgano distinto al informante que es quien debe dictar la resolución» (STS 359/2019, de 15 de julio — ECLI:ES:TS:2019:2355). Según este criterio interpretativo, la propuesta vinculante de la comisión de selección podría ser valorada como resolución, sancionando entonces a quienes la emiten como autores de un delito de prevaricación administrativa. Se cumplen todas las condiciones exigidas: el órgano que dicta la resolución final está condicionado por la propuesta, debiendo ceñirse estrictamente a sus términos, y sin margen para decidir en un sentido distinto.

Por lo tanto, a la luz de la jurisprudencia referenciada, podría sostenerse la autoría de los miembros de la comisión si se adopta alguna de las dos siguientes soluciones interpretativas:

1. Adoptar un concepto extensivo de resolución que comprenda tanto los actos previos como los posteriores al dictado de la re-

solución final, siempre que, en el caso de los primeros, posean eficacia materialmente decisiva sobre el contenido del acto resolutorio que pone fin al expediente, haciendo que, como la propia propuesta, resulte arbitrario.

2. Equiparar las propuestas de provisión a informes vinculantes, dado su carácter determinante sobre la decisión adoptada por el órgano competente.

Si se da por bueno que la propuesta es una resolución, la coautoría es posible cuando estamos en presencia de órganos colegiados. La comisión de selección lo es. Admitiendo, con la doctrina mayoritaria, que la prevaricación administrativa es un delito de mera actividad, que se consuma con el dictado de la resolución, cabría la tentativa si la resolución (i.e., la propuesta) no llega a ser formalizada.

Aunque se sostenga, y esta es, a nuestro juicio, la interpretación más correcta, que una propuesta, aun siendo un acto radicalmente ilegal y arbitrario, no puede considerarse una resolución, al menos con la redacción vigente del art. 404 CP, no queda excluida la eventual responsabilidad disciplinaria de los miembros de la comisión. Y, asimismo, el procedimiento no queda sin mecanismos de control: existe la posibilidad de acudir a las comisiones de reclamaciones de las universidades y, en su caso, frente a la resolución definitiva, a la vía jurisdiccional (contencioso-administrativa, o laboral en el caso de las plazas de profesorado laboral). Reiteramos que si una propuesta no es una resolución, quien la emite sólo podría ser partícipe del delito, pero para ello, según el criterio de la accesoriedad limitada, debe existir un hecho principal típico y antijurídico del órgano decisor.

3. La aplicabilidad de una figura hasta ahora no mencionada: el delito de nombramientos ilegales (art. 405 CP)

Hasta el momento, no se ha valorado esta solución; sin embargo, tratándose de propuestas ilegales para la ocupación de un puesto público, contamos con el delito del art. 405 CP. Este ilícito penal podría abarcar supuestos de favoritismo o nepotismo, cuando una comisión de selección o el tribunal de un concurso-oposición (o la mayoría de sus miembros), decide, soslayando la legalidad, favorecer a un determinado candidato, proponiendo la adjudicación del puesto a quien no está capacitado para ello o presenta condiciones de capacitación inferiores a las de otro u otros aspirantes.

Esta figura delictiva, habitualmente considerada una modalidad específica de la prevaricación funcional³⁷⁹, se refiere a los comportamientos comúnmente conocidos como «nombramientos ilegales». En el Código de 1995, está ubicada sistemáticamente en el Título XIX del Libro II, junto a la prevaricación administrativa y al delito de aceptación de nombramiento ilegal (art. 406 CP), que constituye el reverso de esta infracción que ahora nos ocupa. Con anterioridad, situación que se venía produciendo desde el CP de 1870, estaba incluida en un mismo capítulo con la usurpación de funciones, aunque la doctrina consideraba que no existía un fundamento suficiente para ello, al no guardar ninguna relación entre sí³⁸⁰. Su nuevo emplazamiento, dada su naturaleza jurídica, se valora como más acertado³⁸¹.

Según la redacción del art. 405 CP, «a la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años». Ambas penas se impondrán conjuntamente. La suspensión afectará al cargo o empleo en cuyo ejercicio se hubiera producido la propuesta, el nombramiento ilegal o la dación de posesión³⁸². En 2015 (por LO 1/2015, de 30 de marzo), se aumentó la duración de la pena de suspensión de empleo o cargo pú-

³⁷⁹ Por todos, JUANES PECES, A., «Delitos de los funcionarios públicos», cit., p. 2; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.ª ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 1858; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1544; OLIVAS MORILLO, P.L., «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», cit., p. 6; GONZÁLEZ CUSSAC habla de «cuasi-prevaricación». «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., p. 43.

³⁸⁰ Vid. MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Tomo XVII, Barcelona, 1982, p. 345; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C., «El acceso ilegal a la función pública», en *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, n.º 33, 2014, p. 1.

³⁸¹ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 2. Vid. también AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos*, cit., p. 226.

³⁸² Por todos, MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1007. Considerando la pena desproporcionada por defecto, llegando a plantear su sustitución legal por «la pérdida definitiva de la cualidad de funcionario», CRUZ PALMERA, R., «Ingeniería jurídica al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., pp. 163 y ss.

blico. Antes de la reforma, iba de seis meses a dos años. Según ORTS BERENGUER, la elevación es «una muestra más del mayor rigor punitivo aireado por el legislador para combatir la corrupción»³⁸³.

Frente al texto del art. 382 CP 1973, son varias las novedades que introdujo la redacción del art. 405 CP 1995: la incorporación, junto a la propuesta y el nombramiento ilegal, del supuesto de «dar posesión»; que la conducta sancionada se refiere a proponer, nombrar o dar posesión para el «ejercicio de cargo público», y no meramente a proponer o nombrar para «cargo público»; y, por último, que ahora se exige que el acto se lleve a cabo «a sabiendas de su ilegalidad» (no, simplemente, «a sabiendas»). Menos relevante es que la referencia al funcionario público se completa, en coherencia con lo previsto en otros preceptos, con la mención a la autoridad, que no es más que una clase particular de funcionario público.

Se sanciona a aquellos funcionarios públicos que abusan de sus competencias para efectuar nombramientos irregulares, en los que se desconocen las condiciones y garantías legales que deben observarse en el acceso a un puesto público. El fundamento de la incriminación descansa en los arts. 23.2 y 103.3 CE³⁸⁴. En el primero se establece que los ciudadanos tienen derecho a «acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes». En el segundo se consagran los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública.

Según la SAP Lugo 32/2006, de 25 de enero (ECLI:ES:APLU:2006:11A), «la selección de personas que han de desempeñar la función pública está sometida a un procedimiento reglado de suerte que en el acceso se han de respetar los principios de mérito y capacidad que prescribe el art. 103.3 de la CE. Cuando se quebranta el sistema para esquivar tales principios surge entre otros remedios el Derecho Penal Sancionador como un instrumento de restauración de la legalidad, a través del tipo penal del 405».

Con este delito se pretende que los cargos públicos sean ocupados respetando las exigencias legales³⁸⁵, ya que el buen desempeño de la función pública requiere que su titular cuente con la debida legitimación en su acceso y, sobre todo, con las atribuciones y capacidades

³⁸³ ORTS BERENGUER, E., ORTS BERENGUER, E., «Prevaricación administrativa y nombramientos ilegales (arts. 404 y 405)», cit., p. 1109.

³⁸⁴ Por todos, ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 216.

³⁸⁵ ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 708.

mínimas necesarias³⁸⁶. Los requisitos exigidos garantizan, además de la objetividad del procedimiento de selección, la igualdad en el acceso a la función pública y que la persona elegida cumpla con las condiciones básicas (o mínimas) de capacidad y aptitud para ejercer el cargo de manera adecuada³⁸⁷.

Brevemente, el bien jurídico protegido por este delito es el sometimiento al principio de legalidad en el acceso al ejercicio de funciones públicas (cfr. SAP Córdoba 276/2013, de 17 de octubre — ECLI:ES:APCO:2013:1572)³⁸⁸, ya que, como bien señala C. MIR PUIG³⁸⁹, «es la ley la que prevé las condiciones necesarias para un acceso competente e igualitario a la función pública». En cualquier caso, la legalidad, al igual que sucede con el tipo del art. 404 CP, debe entenderse no solamente en su sentido formal, sino también desde el plano material, incluyendo, por tanto, los principios constitucionales que rigen el acceso al sector público³⁹⁰. La SAP Ávila 25/2003, de 17 de febrero (ECLI:ES:APAV:2003:81), estima que el bien jurídico «es la propia función pública en el aspecto de la legitimidad de los requisitos legales exigidos para el acceso al correcto desempeño de la

³⁸⁶ IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1544.

³⁸⁷ En este sentido, ORTS BERENGUER, E., «Artículo 405», en VIVES ANTÓN, T.S. (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1783; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1544; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 2. Según OLIVAS MORILLO, «además de protegerse el adecuado funcionamiento de la Administración, el legislador ha pretendido asegurar la legitimidad democrática del acceso a los cargos públicos». «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», cit., p. 7. Desde la perspectiva de la igualdad en el acceso a la función pública, vid., CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 149.

³⁸⁸ Señalando, aunque con matices, que el bien jurídico es el sometimiento a la legalidad en el ejercicio de la función pública, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., pp. 1858-1859; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos contra la administración pública. Delincuencia administrativa. Cuando el representante de la Administración participa en el delito*, cit., p. 106; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 150; SANTANA VEGA, D.M., *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 384. En la jurisprudencia, también, SAP Salamanca 17/2005, de 25 de abril — ECLI:ES:APSA:2005:267.

³⁸⁹ MIR PUIG, C., «Artículo 405», en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 1783.

³⁹⁰ Sobre otras tesis relativas al bien jurídico tutelado, vid. CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., pp. 155-156.

misma, que resultan infringidos con el nombramiento que desconoce o prescinde de las condiciones legales».

Según algunos autores, si lo que se pretende garantizar es el correcto desempeño del cargo (e indirectamente de la propia función pública), estaríamos ante un delito de peligro (abstracto), porque la falta de los requisitos legales sólo implica una ausencia de garantías³⁹¹. A nuestro juicio es, más bien, según el bien jurídico tutelado que hemos señalado, un delito de lesión.

Es este un delito especial propio, con las consecuencias que ello comporta en cuanto a la responsabilidad del *extraneus*. El sujeto activo debe ser un funcionario público o autoridad que, además, según lo exige expresamente el tipo, habrá de tener competencias para realizar la propuesta, efectuar el nombramiento o dar la posesión al nombrado³⁹². El Código anterior (art. 382 CP 1973) no exigía de forma expresa que el funcionario actuara «en el ejercicio de su competencia», aunque la doctrina entendía que debía ser así³⁹³.

De esta manera, se produce un abuso de competencias que, al decir de MUÑOZ CONDE³⁹⁴, es lo que constituye el núcleo del delito. Tales competencias deben entenderse, sin embargo, en un sentido amplio, genérico o abstracto para realizar las actuaciones administrativas a las que se refiere la redacción del art. 405 CP, y no en un sentido específico o concreto³⁹⁵ (en la jurisprudencia, para el Código anterior, aunque no lo exigiera el tipo, cfr. STS de 9 de marzo de 1994 — ECLI:ES:TS:1994:15859; para el vigente, SAP Salamanca, 17/2005, de 25 de abril — ECLI:ES:APSA:2005:267). Esta interpretación permite distinguir este delito de la usurpación de funciones públicas (art. 402 CP), incriminación a la que habrá que acudir cuando el funcio-

³⁹¹ MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., p. 310; MIR PUIG, C., «Artículo 405», cit., p. 1783; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 3.

³⁹² cfr. ORTSBERENGUER, E., «Artículo 405», cit., p. 1784; MIR PUIG, C., «Artículo 405», cit., p. 1784. Cfr. además STS de 9 de marzo de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:15859); SAP Almería 48/2015, de 29 de enero (ECLI:ES:APAL:2015:48).

³⁹³ MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales», cit., p. 346; SÁNCHEZ OCAÑA, R., «Artículo 382», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (dir.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 711.

³⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 978. En el mismo sentido, CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 104.

³⁹⁵ Por todos, MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., pp. 312-313.

nario carezca por completo de atribuciones para realizar el nombramiento ilícito³⁹⁶.

Como se señaló al tratar el delito de prevaricación, autor —directo o mediato— de los delitos de los funcionarios públicos sólo puede serlo el titular del deber extrapenal que se infringe. En el art. 405 CP, a la cualidad de funcionario público se añade, como hemos visto, la exigencia de que éste posea una competencia para realizar la propuesta, el nombramiento o la dación de posesión. No cabe la autoría mediata empleando como instrumento a una persona que no sea funcionario competente, en sentido abstracto, para efectuar el nombramiento (o cualquiera de las otras dos conductas que, alternativamente, contempla el tipo)³⁹⁷. Si el «hombre de atrás» fuera quien posee exclusivamente las competencias para realizar la propuesta, nombrar al cargo o dar la posesión, resulta evidente que el instrumento no podría instituir a nadie en el cargo³⁹⁸.

Por otra parte, según QUERALT JIMÉNEZ, «pueden darse tres delitos si cada una de esas fases son igualmente ilegales, lo que conllevaría participación de unos autores, además, en el hecho de los restantes, si se trata de sujetos diferentes; si no existe para todas o algunas de las fases tal diferenciación, habrá dos o más delitos cometidos por el mismo sujeto»³⁹⁹. Opina, asimismo, PIÑOL RODRÍGUEZ⁴⁰⁰ que, si los sujetos que intervienen en los distintos pasos del acceso a la función pública son diferentes, podrían existir tantos delitos como intervinientes.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria sostiene que, al tratarse de conductas alternativas, si una misma persona realiza más de una cometerá un único delito, quedando consumidos los actos anteriores

³⁹⁶ MIR PUIG, C., «Artículo 405», cit., p. 1784.

³⁹⁷ En este sentido, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 2. De otra forma, SAP Almería 33/2015, de 29 de enero (ECLI:ES:APAL:2015:48).

³⁹⁸ Para la prevaricación administrativa, GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho Administrativo*, cit., pp. 146-147. De otro parecer, MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., p. 313.

³⁹⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1135. En opinión de MANZANARES SAMANIEGO, «son momentos distintos, como distintos pueden ser los sujetos activos y seguramente lo serán». «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3.

⁴⁰⁰ PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., «Delitos contra la Administración pública», en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Manual de Derecho penal. II. Parte especial*, Civitas, Madrid, 2003, p. 465.

por el último que se realice⁴⁰¹. Según esta última interpretación, por lo tanto, la realización de más de una conducta por la misma persona no implicaría la comisión de varios delitos⁴⁰².

Cabe la coautoría cuando los miembros de un tribunal de oposición proponen el nombramiento de un candidato que carece de los requisitos exigidos por la norma para acceder a la función pública⁴⁰³. Es habitual que la propuesta la realice un órgano colegiado. Los miembros del tribunal o comisión, que habrán de ostentar la condición de funcionarios públicos penales, deben ser competentes para efectuar la propuesta y la responsabilidad se exigirá a título individual, según hayan contribuido al nombramiento ilegal mediante su voto⁴⁰⁴. Quien vota en contra de la propuesta o manifiesta su oposición al nombramiento ilícito no incurrirá en este delito⁴⁰⁵. Los elementos de tipicidad subjetiva deben concurrir en cada una de las personas que hayan hecho posible la adopción del acto⁴⁰⁶.

La acción típica consiste en proponer, nombrar o dar posesión a una persona para que ocupe un puesto público sin que concurren los requisitos legales para acceder al cargo de que se trate.

En el Código vigente —lo cual no es baladí—, la ilegalidad no se refiere tanto a la persona propuesta, nombrada o a quien se le da posesión de manera ilegítima, en el sentido de que sea ella quien no

⁴⁰¹ Por todos, GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», cit., p. 362; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1860; CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 405», cit., p. 1919; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 4; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 683; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», en CUERDA ARNAU, M.L. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 2555.

⁴⁰² También así, CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 147.

⁴⁰³ IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1544; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 3; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1006. Este último señala que «cabría entender coautoría, en el supuesto de una comisión de contratación o tribunal de oposición o concurso público, en el que conocedores todos o parte de los integrantes de este, de la carencia de requisitos del candidato, se resolviera votando a favor de la contratación del mismo».

⁴⁰⁴ Por todos, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3.

⁴⁰⁵ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 154; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609; CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 405», cit., p. 1919.

⁴⁰⁶ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1006.

cumpla los requisitos de obligatoria observancia, sino, más bien, al propio acceso al cargo público. Esto permite abarcar plenamente la infracción de normas de procedimiento. No obstante, lo habitual será que la persona elegida no reúna las condiciones legales para acceder al puesto, por ejemplo, por carecer de la titulación exigida o por haber superado la edad de jubilación forzosa.

Según ha expresado S. MIR PUIG, la expresión «requisitos legalmente establecidos» no debe entenderse como la ausencia de todos los requisitos, lo que «sería muy difícil pues uno de ellos suele ser la nacionalidad española», sino en el sentido de que no concurran en su totalidad los requisitos que la ley exige para el acceso al cargo⁴⁰⁷. Es decir, bajo la opinión del autor citado, para que exista delito del art. 405 CP, no se requiere que falten absolutamente todos los requisitos legales, sino que no se cumplan en su totalidad los que la ley exige para acceder al puesto al que se refiere la propuesta, el nombramiento o la dación de posesión.

La redacción legal no distingue entre requisitos esenciales y accesorios, lo que plantea la cuestión de cuáles deben faltar para que la propuesta, el nombramiento o la dación de posesión sean ilegales, determinando la realización del tipo penal; ¿es necesario que se incumpla un requisito fundamental, o basta con que se incumpla cualquier requisito legal, incluso si es de carácter formal?

La doctrina científica mantiene que, ya de inicio, debe tratarse de la ausencia de requisitos no subsanables en vía administrativa⁴⁰⁸. No basta, según la interpretación restrictiva mayoritaria, con cualquier incumplimiento de los requisitos para acceder a la función pública; debe tratarse de la falta de requisitos esenciales o fundamentales, es decir, aquellos sin cuya presencia no sería posible acceder al cargo público objeto de la propuesta, el nombramiento o la dación de posesión⁴⁰⁹. SANTANA VEGA, por su parte, estima en su estudio específico

⁴⁰⁷ MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales», cit., p. 348.

⁴⁰⁸ MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., pp. 316-317. En el mismo sentido, MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 86; el mismo, «Artículo 405», cit., p. 1784; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 161; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», cit., p. 2556.

⁴⁰⁹ ORTS BERENGUER, E., «Artículo 405», cit., p. 1784; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1862; MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 867; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1545; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 162; la misma, «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 6; NICOLÁS JIMÉ-

que el delito habrá de apreciarse sobre todo «en aquellos casos en los que la falta de cualificación fuera significativa para el correcto desempeño del alto cargo para el que lo nombra y para el que lo acepta»⁴¹⁰. La falta de requisitos meramente accesorios, al carecer de la entidad suficiente para afectar al bien jurídico protegido, no colma la tipicidad⁴¹¹. En tal sentido, hablaríamos, por ejemplo, de no respetar determinados plazos administrativos. En cambio, si la ley exige una convocatoria pública para cubrir un puesto, prescindir de ella, eligiendo a una determinada persona «a dedo», implica que el acceso al cargo no se realiza conforme a derecho, comprometiendo de manera absoluta la validez del nombramiento.

Estamos de acuerdo con tal interpretación. Aunque la redacción del art. 405 CP hace mención, sin mayor especificación, a «los requisitos legalmente establecidos», no toda irregularidad en su cumplimiento debe dar lugar al delito: únicamente la falta de requisitos esenciales (tanto de orden sustantivo como formal), indispensables para acceder legítimamente a un puesto público, integra la tipicidad. La ausencia de un requisito esencial determina que no debería haberse permitido el acceso a la función pública. Implica que el nombramiento vulnera los principios de igualdad, objetividad, mérito y capacidad que deben regir los procesos de selección del personal al servicio de las administraciones públicas. Además, tanto para el correcto desempeño del cargo como para el buen funcionamiento de la Administración pública, no tiene la misma significación un requisito accesorio que uno esencial. Si se pretende garantizar, siquiera indirectamente, un adecuado desempeño del puesto —condición necesaria, al mismo tiempo, para el correcto funcionamiento de los servicios públicos—, sólo los requisitos esenciales pueden tener relevancia.

Los requisitos cuya ausencia determina la ilegitimidad de la propuesta, nombramiento o dación de posesión pueden ser tanto de carácter material o sustantivo, relativos a la propia persona —la falta

NEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 682; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3; PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 405», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 6.^a ed., Tomo IV, Sepín, Madrid, 2024, p. 3556.

⁴¹⁰ SANTANA VEGA, D.M., *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, cit., p. 384.

⁴¹¹ MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 867; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1545.

de titulación necesaria, v. gr.— como de naturaleza procedimental⁴¹². Ejemplo de estos últimos sería no dar publicidad de la convocatoria para cubrir una plaza (de profesor titular de universidad, v. gr.) o la inobservancia del baremo previsto para valorar los méritos⁴¹³. CATALÁN SENDER exige, en cuanto a los últimos, la conculcación de valores positivados en la Constitución⁴¹⁴.

Si, como ocurría en el art. 382 del Código anterior, los requisitos se refirieran únicamente a la persona propuesta o designada⁴¹⁵, difícilmente podría considerarse típica la vulneración de normas procedimentales, incluso si fueran básicas. Para determinar la existencia de ilegalidad, deben consultarse las normas aplicables al proceso de selección, incluidas las disposiciones de carácter específico y las bases de la convocatoria⁴¹⁶. En las bases de las convocatorias, que habrán de ser publicadas en un boletín oficial y/o en el tablón de anuncios de la institución convocante, se establecen los requisitos exigibles para acceder al puesto convocado⁴¹⁷. Dichos requisitos deben cumplirse a la fecha de expiración del plazo de presentación de solicitudes o candidaturas para participar en el proceso de selección. En el RDL 5/2015, de 30 de octubre, se fijan unos requisitos generales para acceder al empleo público. Si el puesto es de libre designación, habrá que atender a la legislación aplicable.

Estamos ante un tipo mixto alternativo que contempla, equiparándolas, tres conductas distintas: proponer, nombrar y dar posesión del cargo. Cada una de ellas corresponde a una de las fases del proceso de acceso a la función pública, desde la propuesta que sirve de

⁴¹² Por todos, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1862; MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la Administración pública», cit., pp. 550-551; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1545; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 162; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 682; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609; SANTANA VEGA, D.M., *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, cit., p. 384; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», cit., p. 2556.

⁴¹³ ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609.

⁴¹⁴ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 108.

⁴¹⁵ Así, no obstante, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3, cuando dice, «en la persona propuesta, nombrada o de cuya toma de posesión se trate han de faltar “los requisitos legalmente establecidos para ello”».

⁴¹⁶ Cfr. JUANES PECES, A., «Delitos de los funcionarios públicos», cit., pp. 5-6.

⁴¹⁷ Cfr. AGUDO FERNÁNDEZ, E./JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos*, cit., p. 226.

base al nombramiento posterior; hasta la toma de posesión, entendida como el acto formal mediante el cual los funcionarios se incorporan oficialmente a su puesto. Es decir, se cubre «desde la selección a la incorporación»⁴¹⁸. Todas las modalidades típicas comparten un elemento común: el abuso de la competencia atribuida a la autoridad o funcionario público⁴¹⁹. En el caso de los funcionarios administrativos, el nombramiento y la toma de posesión son condiciones indispensables para adquirir tal condición. En lo que respecta al personal laboral, la condición de empleado público se adquiere con la firma del contrato.

El proceso de ingreso a un empleo público se produce generalmente a través de una de estas tres vías: oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos. La protección penal se adelanta a la simple propuesta. El tipo requiere el dictado de un acto administrativo por el cual se proponga, nombre o dé posesión para el ejercicio de un cargo público. La propuesta debe entenderse en sentido administrativo⁴²⁰, lo que implica la tramitación de un procedimiento formal, y no como una simple sugerencia, de naturaleza informal, si bien quien sugiere podría ser partícipe a título de inductor⁴²¹.

En lo que concierne a la propuesta —que es lo que aquí realmente nos interesa—, esta consiste en proponer el nombramiento de una determinada persona a la autoridad competente para efectuarlo⁴²², generalmente tras un proceso de evaluación de los candidatos. La propuesta para ocupar un puesto engloba a quienes participan en un proceso selectivo⁴²³. El tribunal o comisión de selección debe comprobar que cada aspirante cumple los requisitos de la convocatoria y valorar sus méritos⁴²⁴. En el proceso de selección, habrá de garantizarse que todos los ciudadanos dispongan de iguales oportunidades

⁴¹⁸ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3052.

⁴¹⁹ IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1544; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609.

⁴²⁰ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1860.

⁴²¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 405», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1094; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1861; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 158; la misma, «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 5; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 683.

⁴²² MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevención de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 867.

⁴²³ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3052.

⁴²⁴ En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1135.

de acceso a un empleo público, debiendo seleccionarse al candidato más idóneo, siempre respetando la legalidad vigente⁴²⁵.

El nombramiento es el acto mediante el cual se designa oficialmente a una persona para un cargo o función pública. La persona nombrada no reúne los requisitos legales para acceder a la función pública. Comprende, además de los nombramientos ilegales, los casos en que no se rechaza la propuesta de personas indebidamente propuestas⁴²⁶. Según QUERALT JIMÉNEZ quienes elaboran materialmente la resolución y deben velar por la pureza del nombramiento responderán como partícipes⁴²⁷. La toma de posesión es el acto de aceptación por parte del funcionario nombrado⁴²⁸. Según MARTÍNEZ ARRIETA⁴²⁹, es un acto resolutivo.

Este delito también se puede cometer cuando el candidato que ya posee la condición de servidor público aspire a un nuevo puesto dentro de la Administración⁴³⁰; no considerarlo así impediría, sin fundamento, sancionar los nombramientos ilegales de personas que ya son empleados públicos.

Pese a lo que podría parecer *prima facie*, no estamos ante un precepto que constituya ley especial frente a la prevaricación administrativa (cfr. SSTs 2340/2001, de 10 de diciembre — ECLI:ES:TS:2001:9659; 357/2012, de 16 de mayo — ECLI:ES:TS:2012:3228; 692/2016, de 27 de julio — ECLI:ES:TS:2016:3893; 573/2025, de 24 de junio — ECLI:ES:TS:2025:3271)⁴³¹. Este tipo no exige la «arbitrariedad» de la resolución y, en cuanto a la tipicidad subjetiva, junto al dolo, basta

⁴²⁵ Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3052.

⁴²⁶ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3052.

⁴²⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1135.

⁴²⁸ Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 5. Para OLIVAS MORILLO, la conducta de dar posesión consiste en «facilitar la incorporación efectiva a quien carece de legitimidad normativa». «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», cit., p. 7.

⁴²⁹ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3052.

⁴³⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», cit., p. 2556.

⁴³¹ De otra forma, sin embargo, GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 582; NIETO MARTÍN, A., «Artículo 404», cit., p. 872; MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3053; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1545; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 165; la misma, «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 8; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 370; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 977; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1007.

con que el funcionario actúe, en cualquiera de las tres modalidades típicas previstas, «a sabiendas de su ilegalidad». Como han dicho MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, por cuanto sólo se requiere la simple «ilegalidad» de la investidura, sin necesidad de arbitrariedad del acto, el delito del art. 405 CP «se manifiesta menos lesivo que el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP»⁴³². El delito del art. 405 CP es, pues, por su menor antijuricidad, una figura criminal menos grave que la prevaricación administrativa (cfr. SAP Salamanca 17/2005, de 25 de abril — ECLI:ES:APSA:2005:267)⁴³³, bastando para colmar la tipicidad objetiva con que el acto realizado sea ilegal, aunque sea conveniente, si bien es cierto que su tenor literal no obliga a ello⁴³⁴, preconizar una interpretación restrictiva respecto de la entidad que deben alcanzar los requisitos incumplidos.

Según la SAP Albacete 45/2025, de 14 de febrero (ECLI:ES:APAB:2025:101), «se configura el delito del artículo 405 del CP como una modalidad residual respecto del delito de prevaricación, sancionando conductas que a priori podrían incardinarse en el delito de prevaricación pero que, sin embargo, presentan una menor antijuricidad en cuanto al acto administrativo».

Si la «resolución» es arbitraria, será de aplicación el delito de prevaricación administrativa⁴³⁵ (cfr. SAP Salamanca 17/2005, de 25 de abril — ECLI:ES:APSA:2005:267; cfr. además SAP Madrid 508/2017, de 4 de septiembre — ECLI:ES:APM:2017:11084⁴³⁶), siempre que se

⁴³² MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1859.

⁴³³ De esta idea, IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1545; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 2; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 682; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 608.

⁴³⁴ Así, CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 405», cit., p. 1922.

⁴³⁵ Por todos, aunque en general entendiendo que arbitrariedad es sinónimo de injusticia, MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1859; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 682; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 608; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 2000; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», cit., pp. 2556-2557; CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 111.

⁴³⁶ Observamos allí lo siguiente: «El cumplimiento de los requisitos del delito del art. 404 del Código Penal, obliga a confirmar la condena del recurrente efectuada en la sentencia apelada y sirve, al mismo tiempo, para descartar la procedencia de aplicar el art. 405 del Código Penal, que el recurrente interesa, con carácter subsidiario a la absolución, en el segundo motivo de su recurso. Lo que colma las exigencias del primero de dichos tipos es la exclusión de la bolsa de empleo del Sr. Cosme, primero de los acuerdos adoptados sobre dicha bolsa por la Junta de Gobierno Local y ese acuerdo no tiene encaje posible en el segundo tipo, que incluye las conductas de

verifiquen, además, los elementos de tipicidad subjetiva. Estas conductas que se contemplan en el art. 405 CP serían impunes si no estuvieran expresamente tipificadas, ya que no quedarían alcanzadas por la prevaricación del art. 404 CP⁴³⁷.

A nuestro juicio, en el delito de prevaricación administrativa debe exigirse una resolución arbitraria —infundada⁴³⁸— e injusta, en tanto que, en cuanto a esto último, grosera y manifiestamente ilegal. Sin no concurren tales elementos, no habría problema en aplicar el art. 405 CP, que requiere únicamente la nota de «ilegalidad» del acto administrativo. En el delito de prevaricación del art. 404 CP la resolución debe ser injusta y, además de ello, haberse dictado con apartamiento de las normas y los principios constitucionales. La ilegalidad «ordinaria», que no llega a constituir injusticia, aunque el acto sea arbitrario, no colma el tipo objetivo de la prevaricación. Así, si la resolución no es arbitraria, nunca se podría aplicar el art. 404 CP, pese a que esté presente la nota de injusticia como contrariedad absoluta al derecho de la resolución.

Para la aplicación del art. 405 CP, en principio, basta con la mera infracción de la legalidad⁴³⁹, aunque los supuestos de ilegalidades insignificantes o el incumplimiento de puras formalidades deben quedar excluidos del tipo⁴⁴⁰. FEIJOO SÁNCHEZ ha propuesto utilizar el

proponer, nombrar o dar posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello».

⁴³⁷ Cfr. MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1859; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 2; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 2000. S. MIR PUIG se ha pronunciado en contra de la tipificación como delito de los nombramientos ilegales; a su juicio, su mantenimiento en el Código «dificulta una diferenciación cualitativa entre tales delitos y las infracciones meramente disciplinarias (...) Ello redundaría en una mayor esfera de lo penal en España, lo que resulta discutible desde el prisma de la concepción del Derecho Penal como ultima ratio». «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., p. 311.

⁴³⁸ Así también ORTIZ DE URBINA GIMENO, I./FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», cit., p. 640 (digital).

⁴³⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», cit., p. 43. CRUZ PALMERA parece querer requerir una injusticia o arbitrariedad. «Ingeniería jurídica» al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 169. En la misma línea que el anterior, QUESADA SARMIENTO, M.J., «Comentario a la STS de 25 de enero de 2023, sobre delito de prevaricación de funcionario público», *Diario La Ley*, n.º 10236, 2023, p. 6.

⁴⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 405», cit., p. 1095.

art. 103.3 CE como criterio orientador para determinar el umbral de lo penalmente relevante⁴⁴¹.

FEIJOO SÁNCHEZ, en otra ocasión, ha exigido que la contradicción con la legalidad del acto sea de la misma entidad que la requerida en el delito de prevaricación administrativa⁴⁴². En la jurisprudencia, el ATS de 2 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:11839A) expresa que la simple ilegalidad administrativa no es suficiente para integrar este delito: «como ocurre con el delito de prevaricación penado en el artículo 404 CP, no basta a estos efectos la mera ilegalidad (que puede ser objeto de control, en su caso, por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa), sino que es necesario una contravención clara con el ordenamiento, de manera que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable».

Sin embargo, de requerirse una ilegalidad del mismo calibre que la exigida en el delito del art. 404 CP, se difuminaría —salvedad del requisito de arbitrariedad, como aquí ha sido entendido— la frontera entre ambos tipos. El tipo del art. 405 CP desplazaría al del art. 404 CP al tratarse de una conducta más específica (*lex specialis*), cuando la resolución adoptada consistiera en una propuesta, nombramiento o dación de posesión. Pero con esa solución exegética, se pondría en grave tensión el principio de proporcionalidad, puesto que, como han indicado MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, «se estarían equiparando conductas que presentan un desvalor de distinta intensidad»⁴⁴³, menor en el caso de las tipificadas en el art. 405 CP. Podrían sancionarse con una pena inferior (la del art. 405 CP) a la que realmente les correspondería, por los caracteres que revisten, comportamientos que deberían calificarse *ex art.* 404 CP.

Se observa correctamente, en nuestra opinión, en alguna jurisprudencia que «en los supuestos de propuesta, nombramiento o toma de posesión arbitrarios, verificados a sabiendas de su injusticia, deben subsumirse en el tipo del 404, salvo que quede comprometido el principio de proporcionalidad» (SAP Salamanca 17/2005, de 25 de

⁴⁴¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 405», cit., p. 1095.

⁴⁴² FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», *Diario La Ley*, 1997, p. 8.

⁴⁴³ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1859.

abril — ECLI:ES:APSA:2005:267)⁴⁴⁴. Con esta interpretación, si estamos ante una resolución arbitraria (e injusta), sería aplicable el art. 404 CP; en cambio, la ausencia de arbitrariedad conllevaría que no puedan desbordarse los contornos del art. 405 CP.

Ahora bien, nótese que este art. 405 CP, a diferencia del art. 404 CP, no requiere el dictado de una «resolución»⁴⁴⁵, aunque en la práctica alguna de las modalidades típicas lo exigirá. De esta forma, si no hay resolución en el sentido que exige el art. 404 CP, y una propuesta de nombramiento no lo es, nunca sería aplicable el indicado art. 404 CP. Así, en el caso de las propuestas, pese a que puedan ser manifiestamente arbitrarias e injustas, debe descartarse de plano la aplicación del art. 404 CP. Por el contrario, si se admitiera que una propuesta es una resolución a los efectos del art. 404 CP, el art. 405 CP quedaría reservado para aquellos supuestos en que la propuesta vulnera la legalidad ordinaria, pero sin alcanzar el umbral de injusticia. Y ello, en ausencia de injusticia, tanto si la propuesta fuera arbitraria como si no lo fuese. El nombramiento, por su parte, sí que es realizado a través de una resolución (la jurisprudencia del TS admite que la resolución abarca, entre otros actos de contenido singular, los nombramientos; por todas, STS 627/2006, de 8 de junio — ECLI:ES:TS:2006:3820). Si el nombramiento es ilegal, sin llegar a ser injusto, y concurren todos los elementos del tipo, no saldríamos del ámbito del art. 405 CP. Si, en cambio, es injusto y arbitrario, sí que será de aplicación el art. 404 CP, que desplazará al delito de nombramiento ilegal⁴⁴⁶. Con una interpretación particular, SANTANA VEGA mantiene que si la resolución de nombramiento es, además de ilegal, arbitraria, habrá un concurso con el delito de prevaricación, «castigando así al que nombra por un

⁴⁴⁴ Esta es la opinión, en la doctrina, de MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1859.

⁴⁴⁵ Sobre la ausencia de resolución, dice MELÉNDEZ SÁNCHEZ que «el tipo no hace alusión concretamente al término resolución, como se precisa para el delito de prevaricación, debiendo entenderse que se hace extensiva a cualquier actuación que determine cualquiera de las conductas referidas en el tipo». «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1005.

⁴⁴⁶ Según GÓRRIZ ROYO, de otra idea, «de darse dicho solapamiento, podría acudir al *principio de especialidad* a favor del delito del art. 405 C.P. si la conducta realizada consistiera en “nombrar” o “dar posesión” porque en estos casos también se requiere una *resolución* de la autoridad. Sin embargo, parece lo lógico acudir al principio de consunción impropia o alternatividad (art. 8.4. C.P.), en casos en que se verifique el delito del art. 404 C.P. y la modalidad delictiva del art. 405 C.P. consistente en “proponer”, por cuanto ésta no requiere emitir una resolución, de manera que se aplicaría el delito de prevaricación administrativa al ser el que señala una pena de mayor gravedad». «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», cit., p. 582.

concurso medial entre ambos»⁴⁴⁷. Es discutible, por lo demás, si es aplicable el art. 406 CP, que castiga a quien acepta la propuesta, nombramiento o toma de posesión sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles, cuando los actos relativos al nombramiento o la dación de posesión han de ser sancionados por la vía del delito de prevaricación del art. 404 CP.

Según algunos pronunciamientos jurisprudenciales, hacer caso omiso de las normas que regulan un procedimiento de contratación y de los principios que inspiran esa normativa daría lugar al delito del art. 404 CP (STS 357/2012, de 16 de mayo — ECLI:ES:TS:2012:3228). Efectuar un nombramiento por quien carece de competencia para ello, conducta impune según el art. 405 CP por exigir este tipo una actuación dentro del marco competencial del funcionario, también nos situaría ante la prevaricación administrativa (STS 600/2014, de 3 de septiembre — ECLI:ES:TS:2014:3522)⁴⁴⁸. En ese último caso, cuando la persona es manifiestamente incompetente, a nuestro juicio, habría más bien un delito de usurpación de funciones (cfr., en este sentido, STS de 9 de marzo de 1994 — ECLI:ES:TS:1994:15859)⁴⁴⁹. Y, en definitiva, «la clandestinidad en la contratación administrativa, la invocación de inexistentes razones de urgencia y, en fin, la desatención del informe técnico que advertía de esas irregularidades, son hechos que desplazan la aplicación del tipo atenuado (art. 405) y encajan perfectamente en el tipo básico (art. 404)» (STS 573/2025, de 24 de junio — ECLI:ES:TS:2025:3271).

De acuerdo con la STS 27/2023, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2023:156), «estaremos ante un delito definido en el art. 405 CP cuando el nombramiento es ilegal por no concurrir en una persona los requisitos para servir ese puesto de trabajo, vulnerándose con ello una normativa de legalidad ordinaria. Sin embargo, cuando lo que es ilegal es

⁴⁴⁷ SANTANA VEGA, D.M., *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, cit., p. 384.

⁴⁴⁸ De acuerdo con ello, MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., pp. 3052-3053; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1136; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609.

⁴⁴⁹ Por todos, JUANES PECES, A., «Delitos de los funcionarios públicos», cit., p. 6; NIETO MARTÍN, A., «Artículo 404», cit., p. 872; ORTS BERENGUER, E., «Artículo 405», cit., p. 1784; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./SOBRINO MARÍNEZ, A., *Delitos contra la administración pública. Delincuencia administrativa. Cuando el representante de la Administración participa en el delito*, cit., p. 104; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 154; la misma, «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 3; PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 405», cit., p. 3556. Si el funcionario actúa sin tener competencia, su conducta sería, en principio, impune según SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 787.

el procedimiento en su conjunto utilizado para el acceso a la función pública de los distintos funcionarios que fueron nombrados, y no se refiere a un nombramiento puntual, sino a una conducta o comportamiento global que tiene mayor entidad por vulnerarse los derechos constitucionales recogidos en el art. 23.2 CE y garantizar los principios de publicidad mérito y capacidad a que se refiere el art. 103.3 CE, la conducta tendrá su encaje en el art. 404 CP».

Existirán, en cualquier caso, supuestos fronterizos problemáticos en los que se discutirá si determinadas irregularidades pueden tener o no encaje en el art. 405 CP⁴⁵⁰. La valoración de si una persona posee la capacidad funcional necesaria para el desempeño de las tareas (requisito general para acceder a la función pública ex art. 56.1 del RDL 5/2015, de 30 de octubre) es, sin duda, altamente problemática.

Un caso polémico es el relativo a las incompatibilidades. En la muy antigua STS de 28 de diciembre de 1926 (ECLI:ES:TS:1926:698), se consideró que, para la existencia del delito, el designado ha de estar «incapacitado con arreglo a las leyes para el ejercicio del cargo que se le confiere», «sin que esto pueda ni deba, confundirse con las incompatibilidades en que pudiera estar incurso, según los casos, el nombrado». A nuestro juicio, el núcleo del delito reside en el acceso irregular al cargo público, no en el incumplimiento de los requisitos para el desempeño (posterior) del puesto⁴⁵¹. Si falta un requisito esencial para acceder al cargo, la autoridad no debería haber propuesto ni nombrado a esa persona concreta, ni a ningún otro candidato en su misma situación. En este orden de cosas, vulnerar la normativa o las previsiones de la convocatoria sobre incompatibilidades podría dar lugar al delito, pero sólo si tal incompatibilidad impidiera legalmente acceder al cargo. Dicho de otro modo: si las incompatibilidades imposibilitan la participación en el proceso de selección del candidato⁴⁵². El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades suele es-

⁴⁵⁰ Vid. en general CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., pp. 108-109.

⁴⁵¹ De otra forma, CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., pp. 152 y 156.

⁴⁵² En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3: «las causas de incompatibilidad no son óbice para aquella participación [en el proceso selectivo], ya que sólo afectan al desempeño del cargo».

tar catalogado como falta disciplinaria muy grave (por ejemplo, cfr. art. 95 RDL 5/2015, de 30 de octubre)⁴⁵³.

Por otra parte, siempre ha resultado controvertido qué debe entenderse por «cargo público». En la doctrina se ha discutido si la expresión legal «ejercicio de un determinado cargo público» se refiere exclusivamente a los funcionarios administrativos (de carrera o interinos) o si debe entenderse en un sentido más amplio, abarcando también al personal laboral. En lo que respecta a los funcionarios, se considera que ejerce un cargo público tanto quien lo ocupa de manera definitiva como quien lo hace interinamente⁴⁵⁴, realizando ambos incluso actividades de la misma naturaleza, con la única diferencia de que su empleo tenga o no carácter estable⁴⁵⁵. Por ello, no parece razonable sostener que el delito sólo puede cometerse cuando hablamos de la investidura de los funcionarios de carrera, pese a las dudas expresadas por S. MIR PUIG⁴⁵⁶.

Para excluir la designación o contratación del personal laboral del ámbito del tipo penal, se ha recurrido principalmente al argumento de que, aunque el personal contratado participe en el ejercicio de funciones públicas, no ejerce un cargo público⁴⁵⁷. Un sector minoritario de la doctrina, sin embargo, no ve inconveniente alguno en admitir

⁴⁵³ La SAP Córdoba 276/2013, de 17 de octubre (ECLI: ES:APCO:2013:1572), considera suficiente la existencia de una causa de incompatibilidad de las previstas por el art. 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, para apreciar el delito del art. 405 CP: «Don Cornelio es autor responsable del delito de nombramiento ilegal en cuanto fue él como Alcalde del Ayuntamiento de la Colonia de Fuente Palmera quien nombró y mantuvo posteriormente en el cargo a quien, por razón de su incompatibilidad, no podía ejercerlo». En la doctrina, también, ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609.

⁴⁵⁴ ORTS BERENGUER, E., «Artículo 405», cit., p. 1784; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 6.

⁴⁵⁵ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1861.

⁴⁵⁶ MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», cit., pp. 315-316.

⁴⁵⁷ Así, GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», cit., p. 362; MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», cit., p. 1861; CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 405», cit., p. 1921; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», cit., p. 160; la misma, «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 6; ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609; MIR PUIG, C., «Artículo 405», cit., p. 1784.

que el art. 405 CP comprende también las propuestas y los «nombramientos» del personal laboral⁴⁵⁸.

Esta última interpretación es, a nuestro juicio, la más adecuada desde la perspectiva del bien jurídico tutelado: la misma legalidad puede verse afectada con la investidura de un funcionario que con la de un contratado laboral. Tratándose de idénticos comportamientos, no tiene mucho sentido —en realidad, ninguno— que sólo sean punibles las ilegalidades cometidas en relación con la designación de funcionarios públicos, pero no con la del personal laboral. Tales designaciones también vienen alcanzadas por los mandatos contenidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE, en tanto que son, de igual manera, empleados públicos⁴⁵⁹. El acceso del personal laboral está sometido a un procedimiento legal de selección y debe llevarse a cabo conforme a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Si se protege, además, la función pública, siquiera indirectamente, esta puede verse afectada por personas que no son funcionarios según el ordenamiento administrativo pero que sí ostentan la condición de trabajadores públicos⁴⁶⁰. A mayor abundamiento, materialmente, el personal laboral desempeña funciones públicas «de igual naturaleza y contenido que las que realizaría una persona que tuviese un reconocimiento legal de sus funciones», como observamos en la STS 866/2003, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2003:4144). Conviene recordar, asimismo, que su vínculo con la Administración puede ser incluso de carácter permanente, como sucede con el personal fijo.

El ejercicio de un cargo significa la incorporación o adscripción a la organización de la Administración pública⁴⁶¹. Ciertamente, son muy dudosas las ventajas de entender este concepto en sentido puramente administrativo, cuando se rechaza por ejemplo que el art. 24 CP sea una norma penal en blanco que, para rellenar el concepto de funcionario público a los efectos jurídico-penales, se remita al Derecho administrativo. Por todo ello, parece procedente, como plantean MANZANARES

⁴⁵⁸ SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 788; MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3053; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1544; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», cit., p. 2556; parece que también MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 867.

⁴⁵⁹ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 107.

⁴⁶⁰ Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 405», cit., p. 1095, aunque su argumento va referido a los funcionarios interinos.

⁴⁶¹ ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», cit., p. 75.

SAMANIEGO⁴⁶² o FABIÁN CAPARRÓS⁴⁶³, ambos con el argumento de que la ley no establece distinción alguna, tomar como referencia en la interpretación del art. 405 CP lo dispuesto por el art. 24.2 CP (SAP Ávila 25/2003, de 17 de febrero — ECLI:ES:APAV:2003:81)⁴⁶⁴, exigiendo que las conductas típicas se dirijan al acceso a un empleo público, ya sea como funcionario, ya sea como personal laboral. También quedaría incluido —al menos en nuestra opinión— el personal eventual que participará en funciones públicas.

Con la interpretación mayoritaria, las propuestas de provisión o las resoluciones que dispongan la suscripción de contrato del personal laboral, aun siendo ilegales, deberían recibir la atención de otros sectores del ordenamiento jurídico, pero no por parte del Derecho penal.

El delito, de mera actividad en cuanto a su naturaleza⁴⁶⁵, es de consumación instantánea en cualquiera de los tres comportamientos típicos (STS 677/2014, de 22 de octubre — ECLI:ES:TS:2014:4093)⁴⁶⁶, sin que sea necesario que la propuesta o el nombramiento se publiquen, ni mucho menos que sean aceptados. Tampoco se requiere que la persona nombrada, ni siquiera en relación con las conductas de nombramiento o de dar posesión al nombrado ilegítimamente, llegue a ocupar efectivamente el cargo o a desempeñar cometido oficial alguno. Asimismo, para la consumación no es preciso tampoco que se produzca el resultado perseguido con la resolución dictada⁴⁶⁷.

⁴⁶² MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3.

⁴⁶³ FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1999.

⁴⁶⁴ En contra expresamente, sin embargo, NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», cit., p. 683.

⁴⁶⁵ Por todos, MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3053.

⁴⁶⁶ En la doctrina, por todos, ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, cit., p. 217; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 788; IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1545; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 741.

⁴⁶⁷ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1006.

Es imaginable la tentativa, pero sólo la inacabada⁴⁶⁸, por ejemplo, en el supuesto planteado por ESQUINAS VALVERDE⁴⁶⁹: «se intenta proponer para su nombramiento a un candidato que, por carecer de las cualidades, no llega a entrar en el proceso de selección». MARTÍNEZ ARRIETA, por su parte, rechaza toda posibilidad de que exista tentativa⁴⁷⁰.

No es un delito permanente, lo que tiene trascendencia en orden a la prescripción, siendo el *dies a quo* aquel en que se produce la propuesta o el nombramiento (STS 677/2014, de 22 de octubre — ECLI: ES:TS:2014:4093).

Desde la vertiente subjetiva, sólo es posible la modalidad dolosa. La comisión imprudente es impune. La ausencia de los requisitos legales deberá quedar abarcada por el dolo⁴⁷¹. Se exige, de manera adicional al dolo, la actuación del funcionario público o autoridad «a sabiendas de su ilegalidad». Es suficiente con que la autoridad o funcionario público tenga conciencia de la ilegalidad de su actuación, a diferencia de lo que requiere el tipo del art. 404⁴⁷². C. MIR PUIG ha entendido, no obstante, que esta es una locución sinónima a la que emplea el art. 404 CP («a sabiendas de su injusticia»)⁴⁷³. Estamos con el elemento «a sabiendas de su ilegalidad» ante un elemento subjetivo del injusto de tipo cognoscitivo⁴⁷⁴, lo que elimina la comisión mediante dolo eventual. Las razones que hayan impulsado al órgano a adop-

⁴⁶⁸ Por todos, MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1006. En la STS 677/2014, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4093), se dice que «los actos descritos como típicos en los dos preceptos serían susceptibles de ejecutarse y perfeccionarse como tales, aun cuando el irregularmente favorecido con ellos no hubiera llegado luego, por lo que fuere, a iniciar de manera efectiva el desempeño del cometido oficial correspondiente».

⁴⁶⁹ ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 609.

⁴⁷⁰ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3053. De otra forma, CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 156.

⁴⁷¹ SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, cit., p. 401.

⁴⁷² Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», cit., p. 7.

⁴⁷³ MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 83-84.

⁴⁷⁴ Así, POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», cit., p. 281: la expresión legal «expresa la exigencia de concurrencia en el ánimo subjetivo del autor de un elemento subjetivo del injusto de carácter cognitivo, que requiere la patente constancia personal de la ilegalidad de la acción de nombrar, proponer o posesionar a un sujeto de la cualidad de funcionario».

tar la propuesta o el nombramiento indebido carecen de toda relevancia. La SAP Ávila 25/2003, de 27 de febrero (ECLI:ES:APAV:2003:81), estima, de otra forma, que basta el dolo, admitiendo incluso el dolo eventual⁴⁷⁵.

Por otra parte, el art. 406 CP castiga con la misma pena de multa (de tres a ocho meses) a quien acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles. Una previsión en tal sentido no existía en el Código anterior. De esta manera, la antijuricidad de la conducta, es decir, el acceso ilegal a la función pública, se aborda desde una doble vertiente, como señala MARTÍNEZ ARRIETA: la del funcionario que propone, nombra o da posesión ilegalmente y la del particular que acepta tal nombramiento⁴⁷⁶. El investido irregularmente se convertirá en funcionario de hecho. De no existir este precepto, el sujeto que aceptara la investidura sería cooperador necesario⁴⁷⁷, castigándosele con la misma pena que al autor. Se ha dicho, por ello, que la regulación de este tipo peca de superflua⁴⁷⁸.

a) Consideraciones específicas para el ámbito universitario

Las comisiones de selección y los tribunales de oposición, una vez evaluados los candidatos, formulan una propuesta de provisión de la plaza a favor del aspirante seleccionado, dirigida a la autoridad que debe efectuar el nombramiento. En el caso de los concursos universitarios, quien debe disponer, mediante resolución, el nombramiento o la suscripción de contrato laboral es el rectorado de cada universidad. La propuesta se publicará en el tablón de anuncios electrónico de la universidad. El nombramiento es un acto administrativo posterior, distinto de la propuesta. Si hablamos de los funcionarios docentes, corresponde realizar tal nombramiento al rector de la universidad convocante del concurso (cfr. art. 4.1 del Real Decreto 898/1985, de

⁴⁷⁵ Entre la doctrina, de este modo también MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3053; ORTS BERENGUER, E., «Artículo 405», cit., p. 1784; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 2001. No cabe el dolo eventual, sino exclusivamente el directo, según MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1005; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», p. 4.

⁴⁷⁶ MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», cit., p. 3051.

⁴⁷⁷ ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 708.

⁴⁷⁸ ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», cit., p. 610.

30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario; y art. 35.2 RD 678/2023, de 18 de julio). Si se trata de personal laboral, la resolución de formalización del contrato suele adoptarla el vicerrectorado de profesorado en virtud de delegación del rector, que es quien ostenta la competencia propia para realizarlo.

En vista de que una propuesta no es una «resolución»⁴⁷⁹, cabría derivar al art. 405 CP los supuestos concretos de propuestas irregulares de las comisiones de selección del personal y, en general, de los tribunales de oposición⁴⁸⁰. Con el Código anterior, ya lo advertía ROLDÁN BARBERO en relación con su art. 382: «esto rige para los Tribunales y órganos de selección del personal. Recuérdese que en la prevaricación específica del artículo 382 CP se concreta que el delito no lo comete sólo el que nombra, sino también el que propone»⁴⁸¹.

Quedan plenamente incluidos los procesos de selección del profesorado de las universidades públicas, que, según la figura docente, pueden consistir en un concurso de méritos (ayudantes doctores, asociados y sustitutos) o en un concurso-oposición (permanentes laborales, titulares y catedráticos). Las propuestas, como sabemos, las realizará la comisión de selección designada para el concurso, integrada por profesores universitarios, en su mayoría externos a las universidades convocantes, tal y como impone la LOSU. No obstante, en algunos casos, la comisión estará integrada en su totalidad por personal de la universidad convocante (en plazas de profesor asociado y de profesor sustituto).

La doctrina admite que este delito puede cometerse en el marco de oposiciones o concursos. Según QUERALT JIMÉNEZ, incurrirían en la modalidad de proposición, si concurren todos los demás elementos típicos, «los miembros de los tribunales de oposiciones o comisiones de selección o quienes deben evaluar el resultado del período de prácticas, cuando éste sea legalmente preceptivo»⁴⁸². Asimismo, IGLESIAS RÍO estima que puede haber delito en la propuesta realizada por un tribunal de oposiciones o una comisión de selección de

⁴⁷⁹ De esta idea, al tratar la relación entre los tipos de los arts. 404 y 405 CP, CARDENAL MONTRAVETA, S./ROGÉ SUCH, G., «Prevaricación administrativa y nombramientos ilegales (arts. 404-406)», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Tomo 1, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 703, cuando señalan: «un primer criterio de distinción consistiría en entender que ni la proposición ni el dar posesión suponen resoluciones».

⁴⁸⁰ MIR PUIG, C., «Artículo 405», cit., p. 1784.

⁴⁸¹ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672.

⁴⁸² QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1135.

un candidato⁴⁸³. Más en concreto, en opinión de CRUZ PALMERA, este delito podría existir «en el procedimiento que permite que un sujeto incompetente (mediocre) acceda al cargo desplazando a los competentes»⁴⁸⁴.

Los supuestos más problemáticos, como bien advierte MANZANARES SAMANIEGO⁴⁸⁵, surgen en relación con la apreciación de los méritos y las valoraciones técnicas de las comisiones. Constituiría un delito del art. 405 CP la propuesta de nombramiento de alguien que no cumple los requisitos legales esenciales para acceder al puesto en cuestión (edad, titulación, inhabilitación judicial, acreditación exigida, previsiones sobre discapacidad, etc.) o que no haya superado un proceso de selección cuando éste resulte preceptivo⁴⁸⁶.

Los requisitos vendrán detallados en las bases de las convocatorias de las plazas. Algunos serán generales para acceder a un empleo público (art. 56 RDL 5/2015, de 30 de octubre) y otros específicos: a modo de ejemplo, título de doctor, no haber agotado el tiempo máximo de contrato para la figura de profesor ayudante doctor, estar en posesión de la acreditación correspondiente, ostentar la condición de profesor en una plaza de igual categoría y correspondiente al mismo área de conocimiento que la convocada⁴⁸⁷. Estos requisitos deberán cumplirse a la fecha de finalización del plazo para presentar la solicitud de participación en el concurso y se exige que se mantengan a lo largo de todo el proceso selectivo.

Las plazas se convocan mediante resolución rectoral y las convocatorias son públicas. Si se trata de una convocatoria de acceso a plazas de los cuerpos docentes, la resolución de convocatoria deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Estado y en el diario oficial autonómico correspondiente (cfr. art. 29 RD 678/2023, de 18 de ju-

⁴⁸³ IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», cit., p. 1544.

⁴⁸⁴ CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 158.

⁴⁸⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., p. 3.

⁴⁸⁶ Por ejemplo, en el caso de la SAP Málaga 51/2019, de 26 de septiembre (ECLI:ES:APMA:2019:2134), proponer como candidato a juez de paz a quien no ha sido designado por el pleno de la corporación municipal, prescindiendo, por lo tanto, del procedimiento en la designación. O, en el caso de la STS 27/2023, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2023:156), se nombra para un cargo público a un contratista, cuando para cubrirlo era exigible tener la condición de funcionario público. En el mismo sentido que la última, la STSJ Madrid 266/2020, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TSJM:2020:12139).

⁴⁸⁷ Vid. el caso de la profesora que logró una plaza de profesora titular sin estar acreditada en la UCM3. <https://www.elmundo.es/espana/2024/04/15/661d6a50e85ece6f588b457d.html> [última consulta: 27.07.2025]

lio). En el caso del personal laboral, la resolución de convocatoria se publicará en el tablón electrónico de la universidad y, cuando se trate de personal fijo, normalmente también en el diario oficial de la comunidad autónoma.

Tendría cabida en este delito la propuesta realizada a favor de quien no es el candidato más idóneo o capacitado para desempeñar el puesto, aun cuando aparentemente se hayan respetado todas las formalidades legales. Pero téngase en cuenta que esto no se debe al simple hecho de elegir al aspirante menos preparado, sino a que esa elección, realizada en el marco de un proceso reglado, supondría vulnerar los principios básicos que deben observarse en todo acceso a la función pública (entendida en términos amplios)⁴⁸⁸. Dicho acceso debe realizarse en condiciones de igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad, lo que se ve frustrado cuando se sigue una estrategia predeterminada para favorecer a un candidato concreto. En este delito no se tipifica la elección del candidato menos idóneo, sino, como explica FEIJOO SÁNCHEZ, «el elegir un candidato inidóneo o inapto de acuerdo con lo dispuesto por la ley y sus normas de desarrollo»⁴⁸⁹.

La valoración de los méritos debe ser objetiva y venir justificada bajo criterios técnicos o pedagógicos. Cuando dicha valoración se aparta de tales parámetros y obedece a consideraciones ajenas al mérito y a la capacidad, puede apreciarse la posible trascendencia penal de la conducta. La infracción de los principios constitucionales que han de respetarse en el acceso a la función pública hace que deba acudirse al tipo penal del art. 405 CP⁴⁹⁰.

La propuesta ilegal puede producirse tanto si concurren varios aspirantes en el proceso, como si sólo se ha presentado uno, y se propone adjudicarle la plaza a pesar de que legalmente ello no era lo procedente, por carecer, por ejemplo, de los requisitos necesarios para ser investido. Recuérdese, no obstante, que también puede darse este delito por el cumplimiento de normas de procedimiento, si las mismas son básicas.

⁴⁸⁸ En este sentido, y desde la perspectiva de la objetividad del proceso, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1135. Según, en cambio, MANZANARES SAMANIEGO, «no parece, sin embargo, que los requisitos legales del artículo 405 puedan interpretarse con la extensión suficiente como para abarcar también dichos aspectos del proceso selectivo». «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», cit., pp. 3-4.

⁴⁸⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 405», cit., p. 1094.

⁴⁹⁰ Cfr. MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», cit., p. 6.

Los miembros de las comisiones, en tanto que estas son órganos colectivos, integrados por una pluralidad de miembros, responderán como coautores, atendiendo al sentido de su voto, y siempre que concurren en cada uno de ellos los requisitos de la tipicidad subjetiva. Según MELÉNDEZ SÁNCHEZ, «cabría entender coautoría, en el supuesto de una comisión de contratación o tribunal de oposición o concurso público, en el que conocedores todos o parte de los integrantes de este, de la carencia de requisitos del candidato, se resolviera votando a favor de la contratación del mismo»⁴⁹¹.

El delito queda consumado con la misma propuesta, sin ser necesario que se llegue a nombrar después al candidato. Podría suceder, en el caso que nos ocupa, que el rectorado rechace la propuesta debido a su ilegalidad, pero ello no eliminará el delito cometido por los miembros del órgano que efectuó la propuesta de provisión.

Algunas irregularidades podrían constituir verdaderas injusticias, lo que, en principio, podría llevar a la aplicación del art. 404 CP. Sin embargo, como se ha dicho, una propuesta no tiene el carácter de resolución, por lo que, en estos casos de propuestas de provisión, incluso siendo injustas y arbitrarias, únicamente podrá aplicarse el art. 405 CP. Así, por ejemplo, y siempre respecto de las propuestas, la omisión del procedimiento, o la desviación de poder, que podrían ser situaciones constitutivas de injusticia según reiterada jurisprudencia de la Sala Penal del Alto Tribunal, no pueden llevarse al terreno de la prevaricación administrativa del art. 404 CP. CATALÁN SENDER⁴⁹² pone un ejemplo de lo que, a su juicio, sería arbitrario: no se nombra al opositor que mejor nota ha obtenido, sino al último porque era amigo del alcalde. Por otra parte, si la propuesta o resolución que acuerde la contratación del personal laboral quedara excluida del tipo, no se cometería este delito en el caso de propuestas indebidas relativas a plazas de profesor asociado, sustituto, ayudante doctor y permanente laboral, que son las figuras de PDI laboral en la LOSU, junto a los profesores distinguidos y visitantes. Como ya hemos señalado, en nuestra opinión, el delito es aplicable a todo acceso ilegal a la participación en funciones públicas.

Las comisiones se ampararán en su discrecionalidad técnica, en su criterio profesional, y no será para nada sencillo probar la comisión

⁴⁹¹ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», cit., p. 1006.

⁴⁹² CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, cit., p. 105.

de este delito⁴⁹³. En palabras de ROLDÁN BARBERO, «la violación al deber de objetividad puede encubrirse bajo el ropaje de la discrecionalidad técnica, verdadera baza del poder de los especialistas»⁴⁹⁴. No obstante, pueden darse supuestos en los que la arbitrariedad resulte patente y la infracción sea más fácilmente apreciable. Así ocurriría, por ejemplo, en nuestro ámbito, cuando se propone a un candidato sin apenas méritos de investigación y/o docencia, frente a otro que cuenta con una trayectoria académica e investigadora muy consolidada. Probar el favoritismo resulta especialmente difícil, ya que quien actúa con la intención de beneficiar a un determinado candidato procurará no dejar constancia documental de ello. Téngase en cuenta, en cualquier caso, que este delito no persigue simples errores y que, en ocasiones, la valoración de los méritos o la asignación de una puntuación mayor o menor a un determinado mérito puede ser discutible, si bien, en estos supuestos, la actuación de la comisión quedará respaldada por su juicio técnico. Cuando hay dudas razonables, el Derecho penal debe quedar al margen (lo que no es óbice para una respuesta a través del Derecho administrativo).

Generalmente, cuando existe un candidato favorito, la comisión —o algunos de sus miembros— no se limitará a respaldarlo en la fase de evaluación de méritos o en el momento de la votación, sino que con frecuencia habrá realizado previamente diversas maniobras orientadas a facilitar su elección, como la elaboración de criterios diseñados *ex profeso* para adecuarse de la mejor manera posible a sus méritos. De hecho, con carácter general, se ha denunciado en la doctrina que no resultan para nada infrecuentes conductas corruptas entre funcionarios, articuladas de manera estratégica y concatenada, con el fin de dar acceso ilegítimamente a una persona a la función pública⁴⁹⁵.

Finalmente, en el caso de la selección de determinado profesorado universitario que no se realiza mediante concurso, también podría darse el delito, dado que debe existir un «nombramiento». Es el caso, por ejemplo, del profesorado emérito. Dicho nombramiento

⁴⁹³ Dice CRUZ PALMERA que «la realidad criminológica actual evidencia que existe un sinnúmero de casos que permiten “revestir de legalidad” un nombramiento ilegal, “ingeniería jurídica”. La estrategia consiste en la materialización consecutiva de un cúmulo de actos que favorecen la colocación de un sujeto incompetente, pero revistiéndole de una aparente competencia para ostentar un cargo público; nuevos modos de “colocar a un sujeto”, nuevas formas de blanquear el acto espurio». «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 169.

⁴⁹⁴ ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», cit., p. 672.

⁴⁹⁵ CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», cit., p. 157.

corresponde realizarlo al rectorado de la universidad. Al efectuarse todo nombramiento mediante resolución, en caso de que la misma sea arbitraria, podría aplicarse el tipo del art. 404 CP, desplazando al art. 405 CP.

Debe concurrir, en cualquier caso, para que haya delito, el elemento subjetivo que, además del dolo, exige el ilícito del art. 405 CP. Esto no sucederá si, por ejemplo, la comisión resuelve engañada a causa de que un candidato falsee méritos en su currículum. Como ha explicado FABIÁN CAPARRÓS, habrá delito si un funcionario o autoridad «interviene decisiva, ilegal y deliberadamente en el proceso de designación de otro servidor público»⁴⁹⁶. Es posible que haya delito en la propuesta, pero no en el nombramiento, si aquella se rechaza a causa de su ostensible ilegalidad.

El art. 405 CP permite sancionar, en definitiva, las propuestas de nombramiento indebidas a la autoridad competente que no encajan de ninguna manera en el art. 404 CP, al no llevarse a cabo mediante una «resolución». Como se trata de momentos diferentes en el acceso al empleo público, si la persona que efectúa el nombramiento ilegal es distinta de quien lo propone ilícitamente, los proponentes, además de ser autores de un delito del art. 405 CP, podrán responder como partícipes del hecho delictivo cometido por quien nombra. Y tanto el órgano proponente como quien nombra podrán, a su vez, ser partícipes del delito realizado por la persona que da posesión al ilegítimamente nombrado. Si los actos de nombrar y dar posesión, estando ante un tipo mixto alternativo, los realiza un mismo sujeto, éste cometería un único delito de nombramiento ilegal. A mayor abundamiento, los integrantes del órgano que formula la propuesta podrían ser partícipes en un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, si el hecho principal, consistente en dictar la resolución que acuerda el nombramiento o la formalización del contrato de personal laboral, y que pone fin al procedimiento de selección, es típico y antijurídico. Todo lo anterior es aplicable en el ámbito de los concursos universitarios de selección del profesorado.

El art. 405 CP viene a colmar el vacío de punibilidad que, desde la óptica del art. 404 CP, previamente habíamos denunciado, aunque es cierto que el Alto Tribunal, en la práctica, ya lo evita, cuando considera el dolo como una forma de culpabilidad, permitiendo que quien informa o propone responda como partícipe pese a que el autor del hecho principal no sea culpable a causa de no haber dictado la reso-

⁴⁹⁶ FABIÁN CAPARRÓS, E., «Delitos contra la Administración pública», cit., p. 1999.

lución «a sabiendas de su injusticia». Es decir, ignorando que su actuación es injusta. De entenderse que el dolo es un elemento del tipo o que la actuación «a sabiendas» es un elemento subjetivo del injusto, no podría exigirse responsabilidad como partícipe a quien emite un informe o formula una propuesta, ni siquiera, aunque estos fueran vinculantes, porque no existiría hecho típico y antijurídico principal, tal y como exige el principio de accesoriedad relativa que se adopta por la doctrina mayoritaria y la doctrina jurisprudencial del TS.

B. En la evaluación y calificación de asignaturas, trabajos de fin de estudios y tesis doctorales

A continuación, nos centraremos en otro tipo de conductas: la calificación de asignaturas de grado o máster —incluidos los trabajos de fin de estudios— y de tesis doctorales, ya que también en relación con estas actividades podrían adoptarse decisiones prevaricadoras.

Para determinar si concurre la tipicidad objetiva del delito de prevaricación del art. 404 CP, es necesario valorar si la calificación de una asignatura o, en su caso, de una tesis doctoral, puede revestir el carácter de resolución y si ésta se dicta en un asunto administrativo. En este último sentido, conviene recordar que asunto administrativo es aquel que está sometido al Derecho administrativo, lo que implica la tramitación formal de un procedimiento de esa naturaleza. Asimismo, la resolución tendrá que ser dictada o emitida por un funcionario público con capacidad decisoria. Sobre la consideración del profesorado de las universidades como funcionario público, nos remitimos a las consideraciones expuestas *supra*, recordando únicamente que el profesorado de universidad privada no podría ser considerado funcionario público en el ejercicio de sus funciones de calificación de asignaturas o de una tesis doctoral en su propia universidad. La existencia o ausencia de atribuciones decisorias debe verificarse, no en sentido general, sino en relación con el procedimiento administrativo concreto.

La verificación de los conocimientos del alumnado forma parte del derecho fundamental de la autonomía universitaria, consagrado por el art. 27.10 CE. El art. 3.2 LOSU, letra l), señala que la autonomía de las universidades comprende «la admisión del estudiantado, régimen de permanencia, verificación de conocimientos, competencias y habilidades, y la gestión de sus expedientes académicos».

Son las propias universidades las que deben regular en sus normativas internas (por ejemplo, un reglamento) los procedimientos de

evaluación para verificar si los estudiantes han adquirido los conocimientos y competencias necesarios para superar una asignatura. Asimismo, estas normativas deberán recoger los derechos y deberes de los distintos miembros de la comunidad universitaria involucrados en el proceso, especialmente alumnado y profesorado. Según el art. 33 f) LOSU, el estudiantado universitario tiene derecho «a una evaluación objetiva y a la publicidad de las normas que regulen los procedimientos de evaluación y verificación de los conocimientos, incluido el procedimiento de revisión de calificaciones y los mecanismos de reclamación disponibles». Por su parte, el art. 7.1 h) del RD 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario, reconoce el derecho del alumnado «a una evaluación objetiva y siempre que sea posible continua, basada en una metodología activa de docencia y aprendizaje». Por cada asignatura deberá elaborarse por el profesorado o el departamento una guía docente, en la que se concretarán las actividades de evaluación y su ponderación en la calificación final, así como los procedimientos y criterios de evaluación. Asimismo, la guía incluirá, si los hubiere, los requisitos mínimos exigibles para la superación de cada actividad. La guía docente deberá contemplar el sistema de evaluación tanto para el periodo ordinario como para el extraordinario, comúnmente conocido como de «recuperación».

El proceso de evaluación más habitual en la actualidad se basa en la evaluación continua, que incluye la realización de diversas pruebas (como seminarios, realización de trabajos prácticos, presentaciones orales, etc.), aunque el examen o exámenes son, entre todas ellas, los instrumentos con mayor peso en la calificación final. Cuando no se sigue la evaluación continua, el examen es generalmente la herramienta principal para medir los conocimientos del estudiante. Si el examen constituye el único instrumento de evaluación, superarlo implicará haber superado la asignatura. El nivel de aprendizaje alcanzado por los alumnos se expresará a través de calificaciones numéricas. La calificación final, una vez realizadas las revisiones y/o reclamaciones a las que tenga derecho el alumnado según la normativa de cada universidad, deberán reflejarse en un acta, documento éste de carácter oficial, y consignarse en el expediente académico del estudiante. Normalmente la revisión de la calificación final la realiza el mismo profesor que calificó, quien cumplimentará y firmará el acta una vez completada la misma, dentro del plazo habilitado (según el calendario académico). No obstante, el alumnado podrá interponer una reclamación frente a la calificación final ante el departamento u órgano que se determine en la normativa universitaria.

Las titulaciones oficiales de grado y máster se estructuran conforme a un sistema de créditos (cfr. RD 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de Calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional). El crédito constituye «la unidad de medida del haber académico en las enseñanzas universitarias de carácter oficial» (art. 1 RD 1125/2003). Este sistema asigna un número determinado de créditos a cada una de las asignaturas o materias que integran los planes de estudio de las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales. Los créditos reflejan la cantidad de trabajo y aprendizaje requeridos a los alumnos para superar una materia. Para obtener los créditos, el estudiante deberá superar los procesos de evaluación establecidos. La superación de todos los créditos de la titulación habilita para la obtención del correspondiente título académico, con carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

La evaluación, generalmente atribuida por las universidades al profesorado responsable de la docencia en la asignatura, reúne todos los elementos necesarios para ser considerada un procedimiento administrativo, que se inicia con la matriculación del estudiante en la asignatura y concluye con la firma del acta académica. Dentro de este procedimiento se desarrollan las actividades evaluables, cuya finalidad es comprobar la adquisición de competencias y conocimientos por parte del estudiantado. Las calificaciones definitivas, previas revisiones pertinentes, se incorporarán al expediente académico del estudiante, pero la realización de esa gestión corresponde ya a los servicios administrativos de la universidad. La emisión del acta supone haber completado las revisiones de las calificaciones. A este procedimiento de calificación le son aplicables normas de derecho administrativo; a nivel estatal, fundamentalmente, las previsiones contenidas en la LOSU y en el Estatuto del Estudiante Universitario (Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre). Serán aplicables además las previsiones contenidas en las normativas internas de las distintas universidades.

No es este, desde luego, el único procedimiento administrativo que se desarrolla durante el período comprendido entre la admisión del estudiante y la obtención de la titulación, en el marco de la relación entre el estudiante, como titular de derechos y deberes, y la universidad, entendida como Administración pública. Desde la admisión del estudiante hasta la obtención del título, se suceden múltiples procedimientos administrativos, cuya resolución puede corresponder a distintos órganos dentro de la estructura universitaria; entre ellos,

cabe citar, por ejemplo, el ingreso, la matriculación, el reconocimiento de créditos o la expedición del título.

Esto último ha sido correctamente destacado por la STS 79/2017, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:438): «El acceso se resuelve tras el procedimiento al efecto. Y al mismo sigue otro, relativo a la impartición de docencia y reconocimiento por la Universidad de obtención de conocimientos adquiridos por el alumno en cada una de las materias en que la Universidad ha distribuido las enseñanzas que imparte. A los que puede acompañar otro de naturaleza disciplinaria o relativo a prestaciones de diversa índole. Y culminará con otro relativo a la expedición de títulos, en su caso acomodado a las prescripciones administrativas referidas al sistema europeo de créditos antes citado. Cada uno de esos procedimientos es resuelto por órganos diversos de la concreta estructura de la correspondiente Administración Universitaria».

El profesor responsable evalúa los conocimientos del estudiante y le otorga una nota, inicialmente provisional, que se registrará después, una vez que se haya realizado la pertinente revisión, en un acta, actualmente elaborada en formato electrónico, la cual deberá cerrar y firmar. A partir de este momento, la calificación adquiere carácter definitivo, sin perjuicio de los mecanismos extraordinarios de impugnación que pudieran proceder. El acta es un documento oficial que certifica la calificación obtenida por el alumno en la asignatura. Deberá estar firmado por todos los profesores con capacidad docente en la asignatura. La calificación final, una vez incorporada al acta, tiene la naturaleza de acto administrativo que pone fin al procedimiento de evaluación de competencias. Es un acto de fondo, definitivo, por lo tanto, y tiene eficacia ejecutiva. El acta despliega efectos jurídicos para el estudiante (superación de la asignatura, avanzar en la titulación, etc.) y también expectativas legítimas, como la posibilidad de acceder a becas, e incluso para el interés general (habilitación para ejercer una profesión), aunque esto último no es lo que importa. La calificación no adquiere carácter definitivo hasta su incorporación al acta.

La simple calificación de un examen no tiene el carácter de resolución (prevaricadora). Sólo una vez reflejada en el acta la calificación produce efectos jurídicos. En definitiva, la calificación de un examen, si esta es la única prueba de evaluación, carece de efectos jurídicos hasta que no se plasma en el acta, debidamente cumplimentada y firmada. Sólo entonces puede decirse que la calificación es definitiva. En este sentido, la SAP Granada, 168/2016, de 18 de marzo

(ECLI:ES:APGR:2016:1241), señala que «es un acto administrativo de contenido ejecutivo, desde el momento en que inmediatamente está teniendo efectos en el expediente académico de una persona». La emisión del acta es la resolución que puede alcanzar relevancia típica. Si el procedimiento no se concluye por causas ajenas a la voluntad del autor (por ejemplo, se cierra el acta, pero no se puede firmar a causa de un fallo informático), estaríamos ante una tentativa de delito. La calificación arbitraria de un examen es un acto previo impune.

En la STS 79/2017, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:438), se destacó, acertadamente a nuestro parecer, que «la decisión del personal administrativo, en general el profesor, que fija el nivel de adquisición de conocimientos, con destino al expediente del alumno, y que se refleja, al ser definitiva, en un acta, constituye pues de manera indudable un acto administrativo de resolución definitiva de un procedimiento de tal naturaleza». Añadiéndose a ello que «la regulación de tal acto y la mayor o menor amplitud de su sometimiento a la jurisdicción contencioso administrativo, no puede excluir su naturaleza de acto de resolución final de un concreto procedimiento que comienza en la matriculación en la asignatura y concluye con su reflejo en el acta». Y se concluye que «la calificación que subsigue al sistema de evaluación constituye la resolución considerada como presupuesto típico del delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal».

El tipo objetivo exige el dictado de una resolución por autoridad o funcionario público en un asunto administrativo. A los efectos del art. 404 CP, el acta donde se refleja la calificación es una resolución con carácter decisorio, y está dictada dentro de un procedimiento administrativo, el relativo a la evaluación de las competencias del alumnado, al que pone fin⁴⁹⁷. La calificación puede llegar a ser una resolución prevaricadora según se ha considerado en las SSTs 363/1998, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:1998:3746) — aunque en el caso allí contemplado se estimó que no había existido resolución definitiva y, en consecuencia, tampoco delito de prevaricación, dado que el acusado de alterar unas calificaciones procedió a rectificar el acta— y la ya citada 79/2017 (ECLI:ES:TS:2017:438). Por lo tanto, si la resolución

⁴⁹⁷ Cfr. CORTÉS LÓPEZ, M.J., «¿Es posible aplicar el tipo penal de prevaricación administrativa a los docentes? Análisis de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 2017». En <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11844-iquest/> [última consulta: 27.07.2025]; NIE-TO MARTÍN, A., «Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos», cit., p. 342.

calificadora es arbitraria, quien la dicta puede cometer un delito de prevaricación administrativa⁴⁹⁸.

Por supuesto, la resolución debe emanar de un órgano con facultades decisorias, que, por lo general, será el profesor con capacidad docente, si bien esta atribución dependerá de la normativa universitaria aplicable.

De gran interés resulta el caso al que se refiere la STS 79/2017. Una estudiante de pedagogía de la universidad de Granada expuso a una funcionaria, jefa de sección y adjunta a la administradora de la Facultad de Ciencias de la Educación de la citada institución, su imposibilidad de asistir a clases y exámenes por motivos laborales, solicitándole su ayuda para aprobar alguna asignatura con el fin de poder acogerse al derecho de compensación previsto en la normativa universitaria. La funcionaria, accediendo a la petición de la alumna, gestionó con un profesor titular del Departamento de Didáctica y Orientación Escolar, con quien mantenía una buena relación, y al que convenció para ello, la aprobación de una asignatura que éste impartía (Orientación Escolar y Tutoría), sin que aquella estuviera matriculada, hubiera asistido a clase hasta el momento (pues no estaba, como se acaba de decir, matriculada) ni realizara prueba de evaluación alguna. Una vez asegurado el aprobado, la funcionaria formalizó irregularmente la matrícula de la estudiante en la asignatura, fuera de plazo y sin que ni siquiera constara previa solicitud de matriculación ni resolución de admisión. El profesor, finalmente, le otorgó a la alumna la calificación de sobresaliente en la convocatoria ordinaria del cuatrimestre, firmando el acta correspondiente. La alumna no reunía mérito alguno para ello, pese a lo cual el profesor le aprobó; no realizó trabajos ni tareas, no asistió a clase desde la matriculación extemporánea y no se sometió a ningún examen. El profesor, que ni siquiera le conocía personalmente, accedió a aprobarle únicamente porque se lo había pedido la funcionaria. Así, pese a que el profesor no tenía constancia sobre el nivel de conocimiento de la alumna, no sólo le aprobó, sino que le calificó con sobresaliente. Gracias a este aprobado, la estudiante pudo aprobar por compensación dos asignaturas troncales que tenía pendientes y obtener el título de licenciada en pedagogía.

El profesor fue condenado en la instancia (SAP Granada 168/2016, de 18 de marzo — ECLI:ES:APGR:2016:1241) como autor de un delito de prevaricación administrativa a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, recayendo la misma

⁴⁹⁸ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 370.

sobre su empleo de profesor titular en la universidad de Granada. El TS desestimó su recurso de casación. Se consideró que concurrían los elementos objetivos del tipo: resolución arbitraria —la calificación caprichosa— y asunto administrativo —el procedimiento de calificación—. Además, está presente el grado de contradicción de la resolución con el ordenamiento jurídico que permite hablar de injusticia, más allá de la mera ilegalidad. En su recurso de casación, el profesor había alegado que «la nota de un examen no reviste el carácter de resolución de carácter decisorio dictada en asunto administrativo», por lo que, según su argumento, no concurría el elemento objetivo del tipo «resolución». Para el TS, en cambio, como ya hemos visto, la calificación definitiva es un acto administrativo «de resolución definitiva». La sentencia de instancia había estimado que la calificación «es un acto administrativo de contenido ejecutivo, desde el momento en que inmediatamente está teniendo efectos en el expediente académico de una persona». El profesor ostenta la calificación de funcionario público en sentido penal, aunque esta cuestión no fue expresamente abordada ni por la Audiencia ni por el TS en sus respectivas sentencias. El Alto Tribunal descarta, por otra parte, que este tipo de actuaciones estén amparadas por la libertad de cátedra⁴⁹⁹, precisando que «ésta nunca constituye, o al menos no debe constituir, una carta en blanco para expedir la acreditación de suficiencia de conocimientos de modo libérrimo y, menos, exento de control que excluya la arbitrariedad». En la sentencia de instancia se dijo también que «lo que es discrecionalidad, no puede convertirse en arbitrariedad».

Frente a la alegada insignificancia de la lesión de la norma jurídica sostenida por la funcionaria en su recurso de casación, el TS considera que la misma es «flagrantemente ignorante de la trascendencia que tiene dejar al puro arbitrio de un profesor funcionario establecer que personas deben ser aceptadas por la sociedad para el ejercicio de una profesión de estudios reglados». En la sentencia de instancia, se aprecia que aprobar a la alumna en las condiciones descritas, y además con la calificación de sobresaliente, «supone una grave injusticia, no solo para el resto de los alumnos que si se han sometido al examen o participado en las actividades académicas, sino también acto muy grave para con la sociedad, pues se está contribuyendo a suponer una capacitación que no existe o no es de la cualificación que acredita:

⁴⁹⁹ La libertad de cátedra es un derecho fundamental *ex art.* 20.1 c) CE. Vid. MATIA PORTILLA, F.J., «La libertad de cátedra como límite a la autonomía de las universidades públicas», *Revista de Derecho político*, n.º 118, septiembre-diciembre 2023, pp. 49-77. Pero, por supuesto, a nuestro juicio, la libertad de cátedra no puede cubrir en modo alguno actuaciones caprichosas, injustificadas, del docente.

“sobresaliente”, para la obtención de un título académico, que es el que va a habilitar para el desempeño de una actividad profesional, tutela de la sociedad (y de la propia profesión), que el Estado realiza tipificando también otras conductas como la del intrusismo».

En cuanto a la tipicidad subjetiva, la Sala del Alto Tribunal apreció en el profesor la «consciencia de que la calificación era absolutamente arbitraria y la decidida voluntad de quebrar la confianza puesta en el acusado por el sistema académico con una decisión que se quiere favorezca a quien no ha mostrado la competencia y aprovechamiento exigible».

La funcionaria fue condenada como cooperadora necesaria a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, sanción que recayó sobre su empleo de jefa de sección y adjunta a la administración. Recordemos que se puso en contacto con un profesor amigo, logrando convencerlo para que aprobara a la alumna. Pero su actuación no se limitó a eso, sino que, además, una vez que sabía que se le iba a aprobar, procedió a formalizar la matrícula de la alumna en la asignatura impartida por dicho profesor fuera del plazo habilitado y sin que ni siquiera mediara solicitud previa de la estudiante. La Sala destaca que la funcionaria «logró convencer [al profesor] para que accediera a la mendaz proclamación de suficiencia de conocimientos que son de ignorada posesión por la alumna». Se considera que, sin su conducta, el hecho punible principal no habría podido tener lugar, y en verdad así es: «el mismo solamente pudo acontecer porque la recurrente gestionó la actuación del profesor prevaricador y la hizo posible en la medida que gestionó la matriculación, incluso fuera de plazo hábil. De tal suerte que su cooperación (...) era causalmente imprescindible y fue inequívocamente buscada más que meramente consentida».

La funcionaria no puede ser autora del delito de prevaricación, por dos razones: en primer lugar, porque no fue ella quien dictó la resolución; y segundo, porque, aun en el supuesto de haberlo hecho, no concurrían en su persona las condiciones específicas que, en cuanto al sujeto activo, requiere el delito de prevaricación administrativa (esto es, ser funcionario con capacidad decisoria). Sólo a esto último, sin embargo, se refiere la Sala en su sentencia: «no es ciertamente autora materialmente de un delito que requiere condiciones específicas en el sujeto activo de las que carecía la recurrente». Funcionario con capacidad decisoria es aquel a quien la normativa atribuya la competencia para calificar, normalmente, como hemos dicho, el profesorado encargado de la docencia. En general, el órgano decisorio

podría tener facultades resolutorias propias o por vía de delegación de un superior.

En relación con las calificaciones, resulta problemático determinar si la resolución arbitraria alcanza el nivel de contrariedad objetiva a derecho requerido para que exista delito de prevaricación. Según la interpretación mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, que compartimos, para que haya injusticia, debe alcanzarse un grado de ilegalidad grave y evidente para cualquiera, es decir, para el ciudadano medio. En palabras, por ejemplo, de la STS 773/2014, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4627), «la prevaricación aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS 1497/2002, de 23 de septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada —desde el punto de vista objetivo— no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad sin fundamento técnico-jurídico aceptable». Asimismo, según reiterada jurisprudencia, «esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable» (STS 331/2003, de 5 de marzo — ECLI:ES:TS:2003:1515).

En el ejemplo que pone ORTIZ DE URBINA GIMENO⁵⁰⁰, prevaricaría el profesor de Derecho penal que pone nota a un examen de Derecho mercantil. A nuestro juicio, si la falta de competencia fuera absoluta o radical, no debería haber delito de prevaricación, sino que debería valorarse si concurre algún otro tipo delictivo.

No parece que la oposición a la legalidad tenga la entidad suficiente cuando el profesor califica con «no presentado» en lugar de con el suspenso que merecía el alumno, si lo hace además con la intención de no perjudicarlo (AAP Almería 531/2022, de 20 de septiembre - ECLI:ES:APAL:2022:1380A). De otra forma, sin embargo, en la SAP

⁵⁰⁰ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 373.

Málaga 118/2019, de 29 de marzo (ECLI:ES:APMA:2019:3126)⁵⁰¹, acogiendo alguno de los razonamientos de la STS 79/2017, aunque no se acusaba al imputado por prevaricación, docente que «alteró el acta de calificación consignado el “no presentado” cuando hubo de anotar “suspenseo”», sí que se considera la ilegalidad de suficiente gravedad. Así: «la pretendida nimiedad de la lesión a la norma jurídica es inaceptable. Es cierto que la alumna Sra. Constanza no se benefició de un inmerecido aprobado final de la asignatura cuando había suspendido el examen, a consecuencia de tal manipulación. Pero también lo es la incuestionable trascendencia que tiene dejar al puro arbitrio de un profesor funcionario decidir, al margen de la normativa establecida, con la alteración efectiva del acta de calificación haciendo constar a esa alumna como no presentada en vez de suspensa, y, además, en términos que, en principio, lo hacían adecuado para obtener el fin perseguido, pues, ya con esas condiciones de falta de autenticidad, no dándose por agotada esa convocatoria, incluso permitiéndole aprobarla sin mas con la realización de un simple trabajo, produjo determinados efectos en el trámite académico decidiendo arbitrariamente que personas deben ser aceptadas por la sociedad para el ejercicio de una profesión de estudios reglados. Y en este caso el acusado Sr. Maximiliano no cumplió con ese cometido, plasmando su reprochable actuación de favor hacia una alumna simplemente por ser amiga del acusado Sr. Pio, con discriminación del resto del alumnado que pudiera encontrarse en una situación similar y que finalmente colman sus aspiraciones académicas obteniendo el título dentro de cauce legalmente establecido con su esfuerzo y dedicación, aunque simplemente lo fuera por el quebranto del derecho que a todos corresponde por igual, en este caso, a la utilización en un año académico de la convocatoria extraordinaria o la convocatoria extraordinaria por finalización de estudios o a la solicitud de aplicación del proceso de evaluación extraordinaria que les concierne».

Es posible, según venimos diciendo, que la calificación plasmada en el acta, en tanto que resolución de carácter decisorio y dictada por un funcionario público en asunto administrativo, sea prevaricadora. Para ello, habrá que determinar si la resolución es injusta y arbitraria, así como si concurre el dolo y el elemento subjetivo del injusto «a sabiendas de su injusticia». Para que una decisión que proclama la suficiencia de conocimientos sea arbitraria, deberá carecer de cualquier justificación técnica o pedagógica, no siendo objetivamente explicable. En definitiva, la calificación no tendrá que ser reflejo de los resultados obtenidos por el alumno en las pruebas de evaluación, sino

⁵⁰¹ Confirmada por la STS 427/2021, de 20 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:2086).

expresión del puro capricho del profesor, pese a que los educandos tienen derecho a una evaluación objetiva (art. 7.1 h RD 1791/2010, de 30 de diciembre).

Habrà que valorar, en cada caso, si la resolución alcanza un nivel de contradicción tan evidente con el derecho que permita hablar de resolución injusta. Para que haya injusticia, la ilegalidad debe ser flagrante y obscena. En ocasiones, esto puede ser bastante evidente, por ejemplo: aprobar sin realizar un examen, consignar en el acta un notable o sobresaliente a un alumno que no alcanza el nivel exigido para aprobar, o suspender sin motivo a un alumno cuyo examen final, siendo esta la única prueba de evaluación, había sido calificado con sobresaliente⁵⁰². Sin embargo, en muchos casos surgirán serias dudas, como cuando a quien merece un notable se le califica con un mero aprobado, o, más controvertido aún, si se aprueba a alguien que supera el examen, pero no ha asistido a clase siendo la asistencia condición obligatoria para superar la asignatura. La injusticia puede darse por razones de fondo o de forma (por ejemplo, calificar sin seguir procedimiento alguno para verificar si el alumno posee las competencias necesarias).

En ocasiones, este tipo de conductas se realizarán a modo de favor hacia un alumno u otras personas (otros profesores, familiares, funcionarios del centro, etc.), aunque también pueden obedecer al ánimo de perjudicar a un alumno o realizarse por represalias, venganza o animadversión, o por motivos discriminatorios, si bien en realidad la motivación del prevaricador es irrelevante, aunque ayudará a concretar si existe arbitrariedad.

Serán responsables del delito todos aquellos sujetos que dicten la resolución concurriendo los requisitos de tipicidad objetiva y subjetiva. Si uno de los profesores es quien hace constar la calificación injusta y arbitraria en el acta y los demás se limitan, sin tener conocimiento de ello, a firmarla, la conducta de los últimos no será punible. Por otra parte, la alteración de calificaciones ya consignadas en las actas no tiene encaje típico en la prevaricación, sino en el delito de falsedad documental (art. 390 y ss. CP).

Los errores al traspasar las calificaciones no dan lugar al delito de prevaricación. Tampoco la calificación errónea de un examen, por ejemplo, cuando el profesor interpreta mal alguna respuesta o no comprende adecuadamente la argumentación del alumno. Prevaricar

⁵⁰² ORTIZ DE URBINA GIMENO pone el siguiente ejemplo: profesor de derecho penal que suspende a un alumno, siendo consciente de que su examen es merecedor de un notable. «Delitos contra la Administración Pública», cit., p. 370.

no es equivocarse, pero tampoco ser estricto en las correcciones ni, por el contrario, demasiado flexible o indulgente. Mientras la calificación sea defendible desde un punto de vista técnico o pedagógico, no existirá decisión prevaricadora.

Como antes se ha dicho, las normativas universitarias regulan la posibilidad de asistir a la revisión del examen. La revisión consiste en que el alumno visualice el ejercicio realizado y reciba del profesorado que calificó la prueba las explicaciones pertinentes acerca de la calificación asignada. Si el alumno no está de acuerdo, podrá presentar una reclamación, generalmente, primero ante el departamento y, en su caso, posteriormente ante el centro. Pues bien, también los miembros de las comisiones de reclamación podrían prevaricar si dictan una resolución arbitraria, mediante la que modifican caprichosamente, sin justificación alguna para ello, la calificación otorgada inicialmente por el profesor⁵⁰³. Cabe destacar que el procedimiento de reclamación es un procedimiento administrativo distinto del proceso de calificación.

En el caso de tribunales de evaluación que han de juzgar trabajos de fin de grado o de máster o tesis doctorales también será posible incurrir en un delito de prevaricación. El caso más fácilmente imaginable es aquel en el que los tribunales otorgan una calificación totalmente inmotivada que el alumno, debido a la calidad de su trabajo, no merece, o también si se concede la calificación de aprobado (u otra superior) sin que el alumno haya realizado el trabajo o, habiéndolo realizado, sin haberlo defendido públicamente. La injusticia puede derivar, nuevamente, de razones de fondo o de forma. En estos casos, como los tribunales son órganos colegiados, podrán responder de un delito de prevaricación todos o varios de sus miembros, y lo harán según el sentido de su contribución al acuerdo. Los trabajos de fin de grado o máster se califican de la misma manera que cualquier otra asignatura, pero la particularidad es que esa calificación deriva del acuerdo del tribunal evaluador. La resolución es el acta de evaluación del trabajo.

En lo que respecta a las tesis doctorales, en realidad no hay mucho más que añadir. Algunos actos prevaricadores podrían ser, v. gr., los siguientes: suspender a un doctorando sin justificación o aprobar una tesis que no cumple los requisitos mínimos, o calificar con sobresaliente *cum laude* (máxima calificación posible) una tesis que no merecía más nota que el aprobado. Y debe recordarse que podría formar parte de un tribunal en una universidad pública el profesorado

⁵⁰³ En general, cfr. MATIA PORTILLA, F.J., «La libertad de cátedra como límite a la autonomía de las universidades públicas», cit., pp. 73 y ss.

de universidad privada, adquiriendo en lo que afecta a este procedimiento, si está debidamente designado por la autoridad universitaria competente para formar parte del tribunal, el carácter de funcionario público. El acta correspondiente a la evaluación de la tesis tiene el carácter de resolución decisoria y se dicta en un asunto administrativo (el relativo a la calificación).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, A.L., *Derecho penal aplicado. Parte especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos*, Dykinson, Madrid, 2019.
- ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2000.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Introducción a los delitos contra la Administración Pública», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- AMOEDO-SOUTO, C.A., «Del personal docente e investigador funcionario», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Nombramientos ilegales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «El acceso ilegal a la función pública», en *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, n.º 33, 2014.
- ANDRÉS LLAMAS, M.A., «El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, n.º 10, 2023.
- ANDRÉS LLAMAS, M.A., «Profesorado asociado y sustituto. Novedades e inconsistencias de la LOSU», en MATIA PORTILLA, F.J.; DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2024.
- ARRIBAS LÓPEZ, J., «Notas sobre el delito de prevaricación en los órganos administrativos colegiados», *Diario La Ley*, n.º 7894, 4 de julio de 2012.

- AYMERICH CANO, C., «Selección y promoción del profesorado de las universidades públicas», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023.
- BLANCO MONTAÑÉS, A., «¿Prevaricación administrativa por razón de normas y proyectos normativos? En torno al concepto de “resolución” del artículo 404 del Código Penal (con especial referencia al caso de los ERE)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 240, segundo trimestre de 2025.
- BUSTILLO BOLADO, R.O., «Creación de universidades públicas, reconocimiento de universidades privadas y adscripción de centros universitarios», en HORGUÉ BAENA, C., *La nueva ordenación de las universidades. Estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023.
- CADENA SERRANO, F.A., «Delito de prevaricación», *Diario La Ley*, n.º 9310, 2018.
- CADENA SERRANO, F.A., «Ampliación de la interpretación del concepto de “resolución” en el delito de prevaricación», *Diario La Ley*, n.º 9468, 2019.
- CANTERO CERQUELLA, C.J., *La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales*, Reus, Madrid, 2010.
- CARDENAL MONTRAVETA, S.; ROGÉ SUCH, G., «Prevaricación administrativa y nombramientos ilegales (arts. 404-406)», en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Tomo 1, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- CARLÓN RUIZ, M., «La autonomía universitaria en el cumplimiento de las funciones de las universidades en el marco de la nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023.
- CASAS HERVILLA, J., «La esencia de lo injusto penal propia del delito de prevaricación administrativa: delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo», *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, n.º 54, 2019.
- CASAS HERVILLA, J., *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos. Análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, Reus, Madrid, 2020.

- CASAS HERVILLA, J., «Análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa», *Revista española de derecho militar*, n.º 116, julio-diciembre, 2021.
- CASTRO LIÑARES, D., «Análisis de los elementos típicos del ilícito penal de prevaricación. Un estudio con base en la STS 797/2015, de 24 de noviembre», *Diario La Ley*, n.º 8753, 3 de mayo de 2016.
- CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Bayer, Barcelona, 1999.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M., «Recusación y abstención de funcionarios públicos en procesos selectivos de acceso a la Función Pública», *Actualidad administrativa*, n.º 3, 2016.
- CHAVES GARCÍA, J.R., «Personal docente e investigador de las universidades públicas», en RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *La reforma universitaria de 2023. Comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La injusticia de la resolución en la prevaricación administrativa», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 405», en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CORTÉS LÓPEZ, M.J., «¿Es posible aplicar el tipo penal de prevaricación administrativa a los docentes? Análisis de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 2017».
- CRUZ PALMERA, R., «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del Código Penal español», *Cuadernos de política criminal*, n.º 143, septiembre 2024.
- CUELLO CONTRERAS, J., «Jurisprudencia y prevaricación», *Diario La Ley*, 1993.
- DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, B., «Los abusos de poder: entre la causa invalidante administrativa y el delito de prevaricación», *Revista de estudios económicos y empresariales*, n.º 17, 2005.
- DELGADO SANCHO, C.D., *Responsabilidad penal de políticos y funcionarios públicos*, Colex, Madrid, 2019.

- ESQUINAS VALVERDE, P., «Delitos contra la Administración Pública (I)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- FABIÁN CAPARRÓS, E.A., «Delitos contra la Administración pública», en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.), *Tratado de Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- FEJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 404», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- FEJOO SÁNCHEZ, B., «Artículo 405», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- FEJOO SÁNCHEZ, B., «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», *Diario La Ley*, 1997.
- FERNÁNDEZ CABRERA, M., «El delito de prevaricación: un antes y un después de la crisis económica», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2017.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Prevaricación», en ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (dir.), *Parte especial del Derecho penal a través del sistema de casos*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C.; RAMÍREZ BARBOSA, P.A., «Autoría y participación», en FERRÉ OLIVÉ, J.C.; NÚÑEZ PAZ, M.A.; RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *Derecho penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Bogotá, 2020.
- GARCÍA ARÁN, M., «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 11, 1997.
- GARCÍA ARÁN, M.; LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Dykinson, Madrid, 1996.
- 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», en ORTIZ BLASCO, J.; MAHILLO GARCÍA, P. (coords.), *La responsabilidad penal en la Administración Pública. Una imperfección normativa*, Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputació de Barcelona, Barcelona, 2010.

- GAVARA DE CARA, J., *Protección de la autonomía universitaria y defensa de las competencias en la Ley Orgánica del sistema universitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- GISBERT CASASEMPERE, R., «El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 104, julio-diciembre 2015.
- GÓMEZ GIL, A., «Estafa y prevaricación en la enseñanza universitaria», *Cuadernos republicanos*, n.º 35, 1998.
- GÓMEZ OTERO, C.A., «A vueltas sobre la imparcialidad en el acceso a cuerpos docentes universitarios. El Real Decreto 678/2023, de 18 de julio», *Diario La Ley*, n.º 10368, 2023.
- GÓMEZ TOMILLO, M., «Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídico penal de la complicidad sucesiva», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 10, 2002.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º 30, 1996.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra la Administración Pública (I)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 404», en CUERDA ARNAU, M.L. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Artículo 405», en CUERDA ARNAU, M.L. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; MATALLÍN EVANGELIO, A.; ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M., *Esquemas de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GÓRRIZ ROYO, E., «El delito de prevaricación administrativa (el artículo 404 del Código Penal español como tipo básico contra la función pública)», en COLLANTES GONZÁLEZ, J.L. (coord.), *Temas actuales de Derecho penal*, Perú, 2004.

- GRANADOS PÉREZ, C./LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Contestaciones al programa de Derecho penal parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal*, 6.^a ed., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GUERRA TSCHUSCHKE, A., *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho administrativo*, Universidad Católica de Murcia, Murcia, 2021.
- HAVA GARCÍA, E., «Prevaricación de los funcionarios públicos», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- HAVA GARCÍA, E., *Los delitos de prevaricación*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- PAZ RUBIO, J.M.; COVIÁN REGALES, M., «Artículo 404», en CÓNDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, Trivium, Madrid, 1997.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, R.; BETTSCHEN CAPA, B., «La arbitrariedad en los concursos para la selección de profesores titulares y catedráticos universitarios», *Diario La Ley*, 2001.
- IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 404», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- IGLESIAS RÍO, M.A., «Artículo 405», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- JALVO MARINA, M.B., «El profesorado de los cuerpos docentes universitarios y el personal docente e investigador laboral en la LOSU», en MATIA PORTILLA, F.J.; DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2024.
- JAREÑO LEAL, A., «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», *RECPC*, n.º 20, 2018.
- JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 23, enero 2011.
- JAVATO MARTÍN, A.M., «El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales», cit., pp. 154; el mismo, «El delito de desobediencia del funcionario», *RGDP*, n.º 21, 2014.
- JUANES PECES, A., «Delitos de los funcionarios públicos», *Diario La Ley*, 1998.

- LANDECHO VELASCO, C.M.; MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte especial*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Desviación de poder y prevaricación administrativa», *Documentación Administrativa. Nueva época*, n.º 5, enero-diciembre 2018.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
- MAGRO SERVET, V., «La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», *La Ley Penal*, n.º 164, 2023.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en *Comentarios al Código Penal*, La Ley, Madrid, 2016 (versión digital; La Ley 3323/2016).
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., «Las consecuencias jurídico-penales del funcionario público delincuente», *Diario La Ley*, n.º 7173, 2009.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 404», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Bosch, Barcelona, 2007.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Artículo 405», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Bosch, Barcelona, 2007.
- MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», *ADPCP*, Tomo 44, Fasc/Mes 2, 1991.
- MATIA PORTILLA, F.J., «Los límites de la autonomía de las universidades públicas», *RGDC*, n.º 37, 2022.
- MATIA PORTILLA, F.J., «La libertad de cátedra como límite a la autonomía de las universidades públicas», *Revista de Derecho político*, n.º 118, septiembre-diciembre 2023.
- MATIA PORTILLA, F.J., «¿Supone un avance la LOSU?», en MATIA PORTILLA, F.J./DELGADO DEL RINCÓN, L.E. (dirs.), *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2024.

- MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «Delitos contra la administración pública», en SERANO TÁRRAGA, M.D., *Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra la Administración pública», en LAMARCA PÉREZ, C. (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2004.
- MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2000.
- MIR PUIG, C., «La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y doctrina», *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, n.º 96, 2005.
- MIR PUIG, C., «Artículo 404», en CORCOY BIDASOLO, M.; MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- MIR PUIG, C., «Artículo 405», en CORCOY BIDASOLO, M.; MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Tomo XVII, Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, S., «Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º 30, 1996.
- MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad. Tratamiento jurídico y vías de solución», *Actualidad administrativa*, n.º 5, 2008.
- MORALES PRATS, F.; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 404», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.^a ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.
- MORALES PRATS, F.; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Artículo 405», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.^a ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.
- MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- MORILLAS CUEVA, L., «Reflexiones acerca del delito de prevaricación. Desde su interpretación extensiva a su motivación reduccionista», *REDS*, n.º 9, julio-diciembre, 2016.

- MUÑOZ CLARES, J., «El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios», *RGDP*, n.º 20, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F., «Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 11, 1997.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25.^a ed., revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, P., «Delitos contra la Administración pública I», en VV.AA., *Derecho penal. Parte especial. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016.
- NIETO MARTÍN, A., «Artículo 404», en VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- NIETO MARTÍN, A., «Prevaricación, desobediencia y revelación de secretos», en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2023.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal», *Diario La Ley*, 1996.
- OLIVAS MORILLO, P.L., «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y la prevaricación administrativa: análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la trascendencia penal de las infracciones administrativas», *La Ley Penal*, n.º 175, julio-agosto 2025.
- ORTEGA MATESANZ, A., «¿Puede prevaricar un profesor de universidad? Una primera aproximación al tema», *Diario La Ley*, n.º 10798, 2 de octubre de 2025.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Delitos contra la Administración Pública», en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6.^a ed., Atelier, Barcelona, 2019.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.; FERNÁNDEZ MONTANER, R., «Protección penal de los bienes públicos», en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ORTS BERENGUER, E., «Artículo 404», en VIVES ANTÓN, T.S. (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- ORTS BERENGUER, E., «Artículo 405», en VIVES ANTÓN, T.S. (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ORTS BERENGUER, E., «Prevaricación administrativa y nombramientos ilegales (arts. 404 y 405)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la Administración Pública (I)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., «Prevaricación (delitos de)», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 1, 2011.
- PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 404», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 6.^a ed., Tomo IV, Sepín, Madrid, 2024.
- PÉREZ ARIAS, J.J., «Artículo 405», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 6.^a ed., Tomo IV, Sepín, Madrid, 2024.
- POLAINO NAVARRETE, M., *El injusto típico en la teoría del delito*, Corrientes, Argentina, 2000.
- POLAINO NAVARRETE, M., «Introducción a los delitos contra la administración pública. Prevaricación. Nombramiento ilegal. Abandono de destino o de servicio. Omisión de promover persecución delictiva», en POLAINO NAVARRETE, M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 2011.
- PORTERO GARCÍA, L., «El delito de prevaricación de funcionario público», *Diario La Ley*, 2000.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., «El concepto penal de funcionario público», *Cuadernos de Política criminal*, n.º 27, 1985.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUESADA SARMIENTO, M.J., «Comentario a la STS de 25 de enero de 2023, sobre delito de prevaricación de funcionario público», *Diario La Ley*, n.º 10236, 2023.
- QUINTERO OLIVARES, G., «La prevaricación y el abuso de poder», *Cuadernos de política criminal*, n.º 132, diciembre 2020.

- RAMÓN RIBAS, E., «La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- REBOLLO VARGAS, R.; CASAS HERVILLA, J., «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (dir.), *Los Lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.; SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos contra la administración pública. Delincuencia administrativa. Cuando el representante de la Administración participa en el delito*, Bosch, Barcelona, 2008.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 24», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Reinterpretación de la prevaricación», *Diario La Ley*, n.º 9692, 2020.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¿Hacia la vigencia plena de la legalidad penal? Luz y sombras de las SSTC sobre los ERE andaluces», *Diario La Ley*, n.º 10597, 2024.
- ROLDÁN BARBERO, H., «De la prevaricación administrativa», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 3, 1993.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ OCAÑA, R., «Artículo 358», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (dir.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ OCAÑA, R., «Artículo 382», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (dir.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ PARRA, F.J., «El delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal: exigencias jurisprudenciales», *RGDP*, n.º 7, 2007.

- SANTANA VEGA, D.M., *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- SANZ MULAS, N., «El delito de prevaricación administrativa (Art. 404 CP)», en MUÑOZ CUESTA, J.; FUERTES LÓPEZ, F.J.; LERENA LÓPEZ, J. (coords.), *Tratado de responsabilidades penales en la administración local*, Cosital, Madrid, 2015.
- SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- SARMIENTO ACOSTA, M.J., *Autonomía y organización de las universidades públicas y privadas (estudio crítico de las premisas y prejuicios de una regulación mejorable)*, Atelier, Barcelona, 2025.
- SENDÍN GARCÍA, M.A., «El profesorado universitario. Los cuerpos docentes universitarios», en RODRÍGUEZ-ARANA, J.; SARMIENTO ACOSTA, M.J.; SENDÍN GARCÍA, M.A. (coords.), *Comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del sistema universitario*, Colex, A Coruña, 2025.
- SERRANO GÓMEZ, A., *Corrupción en la universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, Dykinson, Madrid, 2016.
- SERRANO GÓMEZ, A., «¿Qué estáis haciendo con la Universidad? Marginación de la ciencia en la selección del profesorado», *Diario La Ley*, n.º 9910, 2021.
- SERRANO GÓMEZ, A., «40 años devaluando la selección del profesorado universitario», *Diario La Ley*, n.º 10578, 2024.
- SERRANO GÓMEZ, A., *40 años devaluando la selección del profesorado universitario y sin expectativas de cambio*, Dykinson, Madrid, 2024.
- SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, 11.ª ed., Dykinson, Madrid, 2006.
- SERRANO TÁRRAGA, M.D., «Delitos contra la Administración pública, 1», en LACRUZ LÓPEZ, J.M.; MELENDO PARDOS, M. (coords.), *Tutela penal de las administraciones públicas*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2015.
- SOSA WAGNER, F.; FUERTES, M., *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., «Delitos contra la Administración pública», en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Manual de Derecho penal. II. Parte especial*, Civitas, Madrid, 2003.

- VALEIJE ÁLVAREZ, I., «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública», *Cuadernos de política criminal*, n.º 62, 1997.
- VALVERDE ASECIO, A.J., «El personal docente e investigador laboral», en HORGUÉ BAENA, C. (coord.), *La nueva ordenación de las universidades: estudios sobre la Ley Orgánica 2/2023 del sistema universitario*, Iustel, Madrid, 2023.
- VIRTO LARRUSCAIN, M.J., «El delito de prevaricación del funcionario público», en ASUA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
- VIVES ANTÓN, T.S., «Detenciones ilegales», en VIVES ANTÓN, T.S./GIMENO SENDRA, J.V., *La detención*, Bosch, Barcelona, 1977.

