

REVISTA

DE

ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

AÑO XIII

SEPTIEMBRE-OCTUBRE 1954

NUM. 77

Responsabilidad de los miembros y funcionarios de las Entidades locales

I. PRELIMINARES

Estudiábamos en un trabajo anterior la responsabilidad en que pueden incurrir nuestras Entidades locales, como sujetos de derecho que son, con independencia de la responsabilidad personal de sus miembros y funcionarios.

Veámos allí cómo se hallan exentas de responsabilidad penal; cómo la responsabilidad política resulta, prácticamente inexistente; cómo la civil ha de recaer, en primer término, sobre el patrimonio de la Entidad, y cómo, por último, la gubernativa se traduce en las medidas de tutela, disolución y supresión, de aplicación real casi nula.

Este cuadro de sanciones, es, ciertamente, de escaso poder intimidante.

Aun más menguado, si cabe, es su poder correctivo. Los casos de responsabilidad civil culposa y los casos de responsabilidad penal en que pudieran incurrir las Entidades locales tendrían que quedar, dentro de él, impunes.

Los intereses públicos y los particulares se hallarían insuficientemente protegidos contra las actuaciones ilícitas de las mismas si no se dispusiera de otras medidas. De aquí que la Ley, para reforzar la eficacia preventiva y represiva de dichas sanciones, haya establecido, junto a la responsabilidad de la persona jurídica que es el Ente local, la responsabilidad personal, individualizada, de sus miembros.

Dentro del área punitiva y en el aspecto aislado de personas fisi-

cas, en que ahora se les considera, los componentes de las Entidades locales guardan analogía con el funcionario. Aunque moviéndose en distinto plano y con distintos caracteres, la misión de unos y otros, cada cual desde su puesto, es la de servir los intereses generales en la esfera de la Administración local, hallándose identificados por la común obligación de prestar este servicio de manera celosa, fiel y honesta.

No es, pues, de extrañar que en la regulación legal aparezcan englobadas las responsabilidades de los miembros y de los funcionarios de las Entidades locales.

En la medida de lo posible, nos sujetaremos también nosotros a la misma sistemática de conjunto.

II. PERSONAS RESPONSABLES DE LOS ACUERDOS DE LAS ENTIDADES LOCALES

Es en los acuerdos que adoptan las Entidades locales donde se halla la genuina, la más importante fuente genérica de responsabilidad. De aquí se deriva la necesidad, por razones de método, de examinar, previamente a ninguna otra cuestión, la de quiénes son las personas responsables de los mismos.

Para la Ley municipal de 2 de octubre de 1877 no existía ningún problema sobre este punto. Con sencillez y con justeza se establecía en ella, artículo 181, que la responsabilidad exigible a los Concejales sólo sería extensiva a aquellos que hubieren tomado parte en la acción u omisión de que la responsabilidad proceda.

En los Estatutos municipal y provincial se comenzó por introducir alguna complicación en la materia al disponer en sus artículos 271 y 176, respectivamente, que la responsabilidad de los acuerdos alcanzaba, no sólo a quienes hubieren votado en pro de ellos, sino a los que sin estar ausentes con licencia oficial dejaran transcurrir las dos sesiones siguientes sin salvar su voto. Este ensanchamiento de la responsabilidad se inspiraba en el loable propósito de conseguir que Concejales y Diputados provinciales laboraran efectivamente, que no se desligaran ni se inhibieran de sus obligaciones. La finalidad era plausible, pero el procedimiento, práctico quizá, resulta jurídicamente indefendible. Se sancionaba con él, no la ausencia injustificada de las sesiones, que era la falta verdaderamente cometida, sino otra de muy distinta naturaleza e inexistente —forzosamente inexistente para los que no estuvieran presentes en la sesión—, cual es la de adopción de acuerdos ilícitos.

Con la Ley de 31 de octubre de 1935 la complicación aumenta. Según ella, artículo 213, serán responsables de los acuerdos adoptados por los Ayuntamientos las personas que los hubieren votado y el Secretario y el Interventor que, en sus respectivas competencias, no advirtieren a la Corporación las infracciones legales en que pudo incurrir con sus acuerdos, estableciendo, además, la salvedad de que quedarán libres de responsabilidad aquellos Concejales que no poseyeran ninguna clase de título académico o profesional cuando el Secretario o el Interventor no hubieren cumplido con su deber de advertencia.

Ni la inclusión inopinada de los Secretarios e Interventores entre las personas responsables de la adopción de acuerdos, ni la exención establecida en favor de los Concejales sin título académico o profesional pueden hallar justificación en Derecho.

El Secretario y el Interventor no adoptan acuerdos; no pueden adoptarlos, porque carecen de voto. El voto, manifestación de voluntad, es el acto decisivo y jurídicamente trascendente que da vida al acuerdo, y es el único lazo que puede vincular, en concepto de autor, con el acuerdo mismo y con sus consecuencias. El Secretario y el Interventor no tienen participación legal alguna, esencial y positiva, en la creación del acuerdo, y es evidentemente injusto que participen de las responsabilidades que del acuerdo se deriven. Intervienen, deben intervenir, en la fase preparatoria del acuerdo, con misión puramente asesora, o, lo que es igual, con manifestaciones de inteligencia, no de voluntad, para advertir las ilegalidades que pudiera entrañar su adopción. Es ésta una obligación, entre otras muchas, que la Ley les impone en su calidad de funcionarios, y su incumplimiento, en calificación correcta, no puede constituir otra cosa que una falta de carácter disciplinario, ya que son faltas disciplinarias la violación por los funcionarios de cualquiera de las obligaciones inherentes al ejercicio de sus cargos, según definición del artículo 335 de la Ley de Régimen local vigente. Es hacia el campo de las correcciones disciplinarias, por tanto, hacia donde debe derivar siempre esta responsabilidad peculiar del Secretario e Interventor, y es entre estas correcciones donde debe buscarse la sanción adecuada que la haga efectiva.

La exclusión, de entre las personas responsables, de los Concejales, sin título académico o profesional, cuando el Secretario o Interventor no hubieren hecho advertencia de ilegalidad, se basaba en la creencia errónea de que cualquier título académico o profesional capacita a su poseedor para percibir si un acuerdo se halla o no ajustado a la Ley, cuando es lo cierto que sólo el título de Licenciado en Derecho

proporciona enseñanzas orientadoras a tal respecto; desconocía que el fino instinto de muchas personas iletradas es prudente guía que suple con ventaja a la cultura que otorga a otras el dominio de disciplinas ajenas al Derecho, en ese concreto menester, extraño a unas y otras, de la actuación administrativa; acumulaba, sin razón alguna, sobre los Concejales con título la responsabilidad correspondiente a los que carecían de él, excepción hecha de aquella parte que se transfería al Secretario o Interventor; hacía recaer íntegra y totalmente sobre estos funcionarios la responsabilidad de unos acuerdos que muy bien pudieran no haber querido, mientras que la Corporación en pleno, que los promovía y los votaba, quedaba limpiamente al margen, en aquellos casos, muy numerosos, en que no hubiera en su seno ningún Concejal titulado; pugnaba, en fin, con el principio, universalmente admitido, de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

La Ley de Régimen local vigente, al regular este extremo, parece querer el retorno a la sencillez. Prescinde de las distinciones entre miembros presentes en las sesiones y ausentes de ellas, entre Concejales titulados y sin título. Para ella sólo existen votantes y no votantes, y así declara en el artículo 403, lisa y llanamente, que «serán responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales las personas que los hubieren votado».

Respecto del Secretario e Interventor afirma, dentro del mismo artículo, pero en número aparte, lo siguiente: «El Secretario y el Interventor, dentro de sus respectivas esferas de acción, incurrirán en responsabilidad si no advierten a la Corporación las manifiestas infracciones legales en que pueda incurrir con sus acuerdos».

Dos notas diferenciales destacadas ofrece este precepto en relación con el de la Ley de 1935 que le ha servido de precedente y de base.

Una, la de que en la Ley del 35 dichos funcionarios incurrían en responsabilidad si no advertían «las infracciones legales», mientras que en la vigente la responsabilidad sólo se origina si no advierten las «manifiestas» infracciones legales.

Otra, la de que la Ley del 35 determinaba de manera clara e inequívoca no sólo que el Secretario e Interventor incurrían en responsabilidad cuando no advirtieran previamente la ilegalidad de los acuerdos, sino también que la responsabilidad en que incurrían era la derivada de los acuerdos mismos, al paso que en la que hoy rige lo único que se precisa es que incurren en responsabilidad, pero no la clase de ésta. ¿A qué se debe ese cambio en la redacción de un precepto, de sentido injusto, pero clarísimo, si no se ha querido modificar su significación?

¿Qué clase de responsabilidad contraen actualmente el Secretario y el Interventor que no advierten, dentro de sus respectivas competencias, las manifiestas infracciones legales en que pueden incurrir las Corporaciones locales con sus acuerdos? ¿La derivada de los acuerdos mismos o la disciplinaria por el incumplimiento de un deber profesional? Por los fundamentos antes expuestos abogamos por esta última solución; la permite la letra de la Ley, su espíritu no se opone y la equidad y la técnica jurídica la aconsejan.

Obsérvese, por lo que respecta a la responsabilidad penal, que ni siquiera la solución contraria lleva necesariamente y sin más a la consecuencia de que haya de ser exigida al Secretario e Interventor que incumplieren su deber de advertencia en aquellas ocasiones en que se adoptaren acuerdos manifiestamente constitutivos de delitos. Y ello porque la responsabilidad penal, como muy pronto vamos a ver, es personal y ha de declararse precisamente en el Código penal o leyes penales especiales, resultando inoperantes los preceptos que en orden a su imposición se contengan en cualquier otra clase de leyes. Llegado el caso la omisión de dichos funcionarios habría, pues, que estudiarla a la luz del Código penal, para ver si en ella concurren particularidades o circunstancias que obliguen a calificarles de autores, cómplices o encubridores, únicas personas a las que puede alcanzar la responsabilidad criminal. Lo probable es que no se presenten tales circunstancias, que se trate de meras, de simples omisiones, quedando entonces exento el funcionario de la responsabilidad criminal que del acuerdo pudiera derivarse, cualquiera que sea la interpretación que se dé al citado artículo 403.

Del examen de las personas responsables de los acuerdos pasemos ahora al de las responsabilidades mismas.

III. CLASES DE RESPONSABILIDAD LEGAL

Son responsabilidades legales de carácter común a miembros y a funcionarios de las Entidades locales la penal, la administrativa y la civil; es privativa de los funcionarios la Colegial o de Tribunales de Honor.

IV. RESPONSABILIDAD PENAL

A) *Naturaleza y caracteres.*

Como responsabilidad jurídica que es, presupone la existencia de un daño, pero encaminada como se halla a la defensa de la sociedad

no se origina en un daño cualquiera, sino en un daño eminentemente público o social. Aquellas acciones u omisiones que, aparte del daño personal que causan a la víctima en su integridad física, en su patrimonio, en su honra, etc., constituyen un ataque al orden jurídico general, sembrando la alarma entre las personas honradas y comprometiendo la paz y armonía de la vida colectiva, son las únicas que engendran responsabilidad penal. Tales acciones u omisiones han de ser voluntarias, característica ésta con la que se establece cierto entronque, cierta conexión entre la responsabilidad penal y la moral, ya que fuera del orden jurídico, en nuestro mundo interior, también es nota esencial la de la voluntariedad para que lo pecaminoso aparezca, al par que se marca diferenciación con la responsabilidad civil, en la que no es preciso tal requisito para que se produzca la obligación de reparar. Tales acciones u omisiones han de hallarse, además, previamente penadas por la ley. El legislador no ha querido dejar a la libre apreciación de los Tribunales materias de tanta gravedad como son la determinación de los actos u omisiones socialmente nocivos y de las penas correspondientes a los mismos. Importa mucho a la tranquilidad del ciudadano el saber que no será castigado sino por los hechos que la ley haya de antemano definido como delito, y que, en caso de delincuencia, no podrá ser sancionado sino con aquellas penas y en aquella medida que se hallaren establecidas previamente. Esta doble garantía se halla contenida en el principio «nullum crimen, nulla poena, sine lege», principio nacido como reacción contra los abusos del arbitrio judicial y en el que actualmente se inspira el Derecho penal vigente de todos los países.

Dos notas de singularidad resaltan, pues, en la responsabilidad penal.

Una, extrínseca, formal, según la cual es la que se origina en los delitos y faltas; es decir, en las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley, pues así se definen por el artículo 1.º de nuestro Código penal. Sólo la ley es fuente de Derecho penal; sólo aquellos hechos que puedan incluirse en algunos de los tipos de delito descritos en el Código o ley penal especial dan lugar a esta clase de responsabilidad. Es un criterio de distinción estrictamente legalista, que resulta claro, que sirve para satisfacer las necesidades de la práctica, pero que no ofrece ningún elemento ni noción alguna para determinar *a priori* cuáles son los hechos constitutivos de responsabilidad penal.

Otra, sustantiva, intrínseca, conforme a la cual la responsabilidad penal es aquella que nace cuando se lesionan intereses fundamental-

mente públicos. Decimos fundamentalmente públicos, porque en realidad, todos los intereses jurídicamente protegidos tienen el carácter de públicos y su infracción supone siempre un ataque al orden jurídico general. Por otro lado, en el fondo de algunos contratos abusivos, en que una de las partes explota sin piedad las circunstancias angustiosas de necesidad en que se encuentra la otra, existe más inmoralidad y malicia que en los pequeños hurtos o en las insignificantes estafas. De aquí que no sea fácil fijar teóricamente una clara línea divisoria entre lo ilícito civil y lo ilícito penal.

La responsabilidad penal es irrenunciable por parte del particular directamente perjudicado. Fuera de los delitos llamados privados, la relación penal se establece entre el delincuente y el Estado. Es a éste, por tanto, a quien compete tal renuncia, que se ejercita modernamente, mediante el llamado derecho de gracia, en las dos conocidas formas de la amnistía y el indulto. La responsabilidad penal es esencialmente personal, de donde resulta otro carácter de la misma: el de su intransmisibilidad.

B) *Funcionarios públicos, autoridades y agentes de la autoridad.*

La similitud que en el orden sancionador señalábamos antes entre los miembros de las Entidades locales y sus funcionarios se ofrece bien acusada en el campo concreto de lo sustantivo penal.

Unos y otros quedan comprendidos en el artículo 119 del Código penal vigente, según el cual se reputa funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección o nombramiento de autoridad competente, participa del ejercicio de funciones públicas.

A efectos penales, este concepto del funcionario público es el que priva y a él hay que atenerse, con independencia del que pudiera resultar de las leyes locales o de otras disposiciones de carácter administrativo.

Concepto amplio que la jurisprudencia viene aclarando y desarrollando en el sentido de que es el desempeño regular de funciones públicas lo que caracteriza al funcionario público, con abstracción de la importancia de las funciones, de la esfera en que las mismas se ejercitan, de su permanencia o accidentalidad y de que se hallen o no retribuidas.

En el concepto de empleado público, dice la sentencia de 18 de abril de 1934, deben comprenderse desde los que figuran en las más altas categorías de la Administración a los que ocupan puestos secun-

darios ; los que se hallan investidos de autoridad y los que colaboran al servicio de ella. Se reputan funcionarios públicos para los efectos penales, expresa la de 19 de febrero de 1946, a cuantas personas participen legítimamente en el ejercicio de ese género de funciones, sean cuales fueren su especie, categoría o grado de permanencia.

Aunque, dentro de la órbita penal, la condición de funcionario público conviene a todo el personal objeto de nuestro estudio, observamos que unos tienen exclusivamente tal condición, mientras que otros ostentan sobre ella el carácter de autoridad y otros el de agentes de la autoridad.

Una innovación del Código penal vigente es la de formular la definición de autoridad. Lo hace, sin mucho rigor ni precisión, en el artículo 119, diciendo que se reputará autoridad al que, por sí solo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal, tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia.

Como dice Ferrer Sama la noción de mando está íntimamente ligada con la potestad administrativa que lleva esa denominación, siendo uno de los conceptos más difíciles de determinar, por cuanto dicha potestad ha de apreciarse en la mayoría de los casos con un criterio de relatividad, ya que un mismo funcionario puede ejercer la potestad de mando en una cierta esfera de su actividad y en otras obrar como un mero ejecutor de órdenes recibidas de sus superiores jerárquicos. Respecto a la actividad jurisdiccional, ésta ha de ejercerse como propia, y no por delegación, para revestir al funcionario del carácter de autoridad.

El concepto de agente de la autoridad no nos lo da, en cambio, la Ley penal ; pero aparte del claro sentido de la expresión misma con que son designados estos funcionarios, los fallos de nuestro Tribunal Supremo vienen asignando tal carácter a aquellos que actúan al servicio de la autoridad, con funciones delegadas de ésta.

Es de sumo interés, afirma también el autor citado, delimitar la noción de autoridad de la de agente de la misma. En unos casos ello será fácil, como cuando se trata de un guardia de la Policía Armada, pero en otros habrá que tener en cuenta la forma en que el funcionario haya obrado y las circunstancias que hayan concurrido en el acto concreto de que se trate, por depender de ellas la consideración de autoridad o de mero agente.

La jurisprudencia tiene declarado que son autoridades : los Presidentes de las Diputaciones provinciales (S. de 23 de mayo de 1933) ; los Alcaldes, ya desempeñen el cargo en propiedad o accidentalmen-

te (S. de 11 de junio de 1928), y que lo son con carácter permanente (S. de 30 de mayo de 1945); los Concejales que, individualmente o formando comisión, ejerzan funciones propias del Ayuntamiento, ora sean designados por éste, ora por el Alcalde (S. S. de 30 de enero de 1890 y 2 de julio de 1909). Entendemos que los Alcaldes Pedáneos también se hallan revestidos de autoridad, ya que no son nombrados por los Alcaldes, ni actúan por delegación de éstos, sino que tienen las mismas atribuciones que ellos, por lo que respecta al gobierno y administración de la Entidad local menor (art. 124 de la Ley de Régimen local).

Según declaraciones también jurisprudenciales, son agentes de la autoridad: los Tenientes de Alcalde (S. S. de 26 de mayo de 1884 y 20 de abril de 1887); los Serenos (S. S. de 31 de marzo de 1906 y 25 de febrero de 1921); los Alguaciles (S. S. de 26 de mayo de 1817 y 7 de enero de 1914); los Guardias municipales (S. S. de 17 de noviembre de 1916, 30 de junio de 1920 y 7 de abril de 1923); los Agentes de Arbitrios municipales (S. S. de 24 de abril de 1893 y 3 de junio de 1935). Los Alcaldes de Barrio vienen siendo uniformemente conceptuados, muy acertadamente a nuestro juicio, como agentes de la autoridad (S. S. de 20 de diciembre de 1884, 14 de octubre de 1879, 9 de junio de 1910 y 7 de enero de 1944), pero contra este concepto parece alzarse el artículo 28 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, en el que se dice: «Los Alcaldes de Barrio tendrán carácter de autoridad, tanto en el cumplimiento de sus cometidos municipales como en el de las misiones delegadas del Poder central».

C) *Delitos de los funcionarios públicos.*

El funcionario público puede delinquir, no en su calidad de tal, sino pura y simplemente como particular; en tal caso, la condición de funcionario no ejerce influencia alguna sobre el hecho delictivo. Puede delinquir como particular, pero prevaleciéndose de su carácter público, surgiendo entonces la circunstancia agravante del artículo 10, número 10 del Código. Y puede, por último, actuando propiamente como funcionario, ser sujeto activo de la infracción penal, en las dos formas siguientes: cometiendo delitos que pueden ser cometidos igualmente por particulares o cometiendo delitos que los particulares no pueden cometer y que se llaman, por esto, delitos específicos de los funcionarios públicos.

A estas dos últimas formas de delincuencia nos vamos a referir. El Código las acoge a todo lo largo de su texto de manera un tanto casuística e inconexa. En el Libro 2.º, Título 2.º, Capítulo 2.º, Sección 2.ª, artículos 178 a 204, se constituye una agrupación bajo el epígrafe: «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes». En el Título 7.º del mismo libro, artículos 351 al 404, se intenta agrupar los delitos específicos bajo la rúbrica «de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». Son bastantes, además, los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos que se encuentran penados en otros lugares del Código (artículos 131, 302, 308, 312, 323, etc.). La materia alcanza así gran extensión. Su desarrollo, rigurosamente sistemático e integral, excedería evidentemente los límites que vienen impuestos a este trabajo, por su naturaleza y finalidad. Basta a nuestro propósito la exposición esquemática que ofrecemos a continuación de aquellos tipos de delitos de los funcionarios públicos de más fácil, de más frecuente comisión en la esfera local.

a) *Arrogación de atribuciones judiciales.*

Definición legal:

Consiste en el hecho de que el funcionario público, arrogándose atribuciones judiciales, impusiere algún castigo equivalente a pena personal o alguna pena pecuniaria (artículos 178 y 180).

Características:

Es preciso que el funcionario no tenga atribuciones judiciales y las usurpe. No existe arrogación cuando el funcionario ya las tiene, aunque las ejerza de modo impropio, de tal manera que no pueden cometer este delito los funcionarios de la carrera judicial. Existe el delito, aunque el castigado hubiere cometido un hecho delictivo y el castigo impuesto fuese idéntico a la pena señalada en la Ley. Existe aun cuando el castigo no llegara a ejecutarse, pues su ejecución es sólo causa de agravación de la pena. No están comprendidas en este delito las correcciones disciplinarias que los funcionarios administrativos están autorizados para imponer a sus subordinados ni las correcciones impuestas por las autoridades por infracciones de bandos de Policía, reglamentos administrativos, etc.

Jurisprudencia :

Comete este delito el Alcalde que impone a un convecino tres días de arresto, aun cuando sólo cumpla uno por haberle dispensado el resto de la pena (S. de 12 de marzo de 1891); y el que, ante insultos y amenazas a su autoridad por un convecino, coloca al culpable en la alternativa de que se le forme sumario o pague una multa (S. de 16 de marzo de 1872). No lo comete el Alcalde que, dentro de sus facultades, impone multas a los que desobedezcan sus órdenes (Sentencia de 10 de julio de 1890).

b) *Detención ilegal.*

Definición legal:

Comete este delito el funcionario público que practicare ilegalmente cualquier detención (art. 184).

Características:

Requiere que la detención se lleve a cabo por un funcionario que tenga facultad para ordenar o practicar detenciones, pues en otro caso constituiría la detención ilegal común del artículo 480 y siguientes; que, no obstante, se practique ilegalmente, es decir, fuera de aquellos casos y formas que prescriben las leyes; que se conozca la ilegalidad de la detención, por parte de la autoridad que la ordena o del funcionario que la practica, pues en caso de obrar de buena fe se podrá ser culpable de un delito de imprudencia, pero no de este delito. Pueden ser sujeto pasivo, lo mismo los españoles que los extranjeros.

Jurisprudencia :

Comete este delito el guardia municipal que detiene a un individuo que recoge firmas para una exposición contra el Alcalde (S. de 27 de abril de 1893), y el Alcalde que detiene a un sujeto por no encontrar fiador para que responda por él de las cantidades debidas al Ayuntamiento o por carecer de cédula personal (S. S. de 13 de marzo de 1882 y 18 de abril de 1888). No lo comete el Alcalde que, previa reclamación escrita del marido, dispone la traslación al domicilio conyugal, por medio de la Guardia Civil, de la mujer casada huída del mismo, para vivir con otro hombre en pueblo distinto (S. de 30 de octubre de 1872); ni el Alcalde que para evitar que se ausentare una persona que debía prestar declaración en un expediente la hace com-

parecer al solo objeto de dejar extendida la diligencia correspondiente (S. de 26 de mayo de 1884); ni el funcionario de Policía que obliga a una persona a comparecer ante el Jefe del mismo, para que identifique su personalidad (S. de 21 de abril de 1884).

c) *Retención indebida.*

Definición legal:

Comprende dos formas: la del funcionario público que dilatare el cumplimiento de un mandato judicial para que se ponga en libertad a un preso o detenido que tuviere a su disposición (art. 185), y la del funcionario público que, no siendo autoridad judicial, detuviere a una persona por razón de delito y no la pusiere a disposición de la autoridad competente en las veinticuatro horas siguientes a la en que se hubiera hecho la detención (art. 186).

Características:

Sólo los funcionarios que posean facultades para detener o prender, así como para mantener en detención o prisión, pueden ser sujetos activos del delito; sólo los presos o detenidos, pero no los condenados, pueden ser sujetos pasivos; aun cuando la prisión o detención fuere originariamente lícita, se convierte en ilegal en cuanto el funcionario, con conocimiento del mandato judicial de libertad, dilata su cumplimiento o deja transcurrir el plazo de veinticuatro horas sin poner al detenido a disposición de la autoridad competente.

Jurisprudencia:

Comete este delito el Alcalde que ordena detener a un sujeto y no lo pone a disposición de la autoridad judicial competente dentro de las veinticuatro horas en que la detención tuvo lugar (S. de 17 de noviembre de 1880). No pueden quedar sin sanción penal las detenciones arbitrarias, aunque se ponga al detenido en libertad antes de que transcurran veinticuatro horas (S. de 13 de marzo de 1891).

d) *Violación de domicilio.*

Definición legal:

Se comete cuando un funcionario público, que no sea autoridad judicial, entre en el domicilio de un súbdito español, sin su consentimiento, fuera de los casos permitidos por las leyes (art. 191-II.º).

Características :

Únicamente los funcionarios públicos que no sean autoridad judicial y que tengan potestad para entrar en determinadas condiciones en el domicilio de una persona pueden ser sujetos activos de este delito, ya que si el culpable fuera un funcionario de otra clase o un particular el hecho constituiría el delito común de allanamiento de morada del artículo 490; sólo los españoles pueden ser sujetos pasivos; por domicilio se entiende, conforme al artículo 554-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el edificio o lugar cerrado o la parte de él destinada principalmente a habitación; el delito existe, aun cuando el habitante no se encuentre en el domicilio en el momento de su violación; es preciso que el hecho tenga lugar sin el consentimiento del habitante; la oposición de éste a la entrada en su domicilio, fuera de los casos y formas establecidos por las leyes, es lícita y no constituye desobediencia; requiere, además, en el agente, conciencia y voluntad de obrar ilícitamente.

Jurisprudencia :

Comete este delito el Alcalde que manda abrir violentamente las puertas de unos vecinos, hallándose éstos ausentes de sus casas, para embargarlos por débitos que tenían (S. de 25 de junio de 1877); también los agentes que, desprovistos de autorización judicial o administrativa, penetran en una casa particular y practican un registro (S. de 10 de mayo de 1886). No lo comete el Alcalde que, contra voluntad de su dueño, abre un cafetín particular en virtud de auto de Juez municipal, ya que obró de orden y por autorización del Juez y como agente de la Policía judicial.

e) *Impuestos ilegales.*

Definición legal :

Aparte de otras formas menos importantes a nuestro objeto, cometen este delito: la autoridad que mandare pagar un impuesto provincial o municipal, no aprobado legalmente por la respectiva Diputación o Ayuntamiento (art. 201), y los funcionarios públicos que exigieren a los contribuyentes para el Estado, la Provincia o el Municipio, el pago de impuestos no autorizados por las leyes o Corporaciones respectivas (art. 202).

Características:

El requisito de aprobación legal del impuesto por la Diputación o Ayuntamiento comprende la aprobación también de las autoridades superiores, siempre que sea necesario; para la existencia del delito es suficiente la orden de pago en el primer caso, y el mero hecho de exigir el mismo a los contribuyentes, en el segundo, siendo indiferente que el cobro se haya hecho o no efectivo; su elemento moral está constituido no sólo por la voluntad de ordenar o exigir el pago, sino también por la conciencia de que éste no se halla legalmente autorizado.

Jurisprudencia:

Comete este delito el Alcalde que manda cobrar el impuesto de consumos, sabiendo que está anulado por la autoridad superior (Sentencia de 8 de febrero de 1896); y el Alcalde que exige un recargo superior al tipo legal sobre la contribución (S. de 18 de febrero de 1878), y el Secretario del Ayuntamiento que confecciona repartos y cobra cuotas, sin otras formalidades ni aprobación, aun cuando estuviese oficiosamente autorizado por una parte de la Corporación municipal. No lo comete el Alcalde que se limita a adicionar, por sí, la lista de contribuyentes de un impuesto cuyo repartimiento está legalmente aprobado (S. de 26 de octubre de 1891); tampoco constituye este delito el hecho de cobrar inmemorialmente y como gratificación al alguacil, por la limpieza de la plaza pública, un tanto de la especie vendida por los que concurren a ella (S. de 26 de junio de 1885).

f) *Atentado.*

Definición legal:

En su forma de más interés para nosotros se comete por los que acometieren a la autoridad, o a sus agentes, o a los funcionarios públicos; emplearen fuerza contra ellos, o les intimidaren gravemente, o les hicieren resistencia también grave, cuando se hallaren ejerciendo las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

Características:

Cualquiera que no sea autoridad en el ejercicio de sus funciones puede ser sujeto activo de este delito, encerrando mayor gravedad,

entre otras circunstancias, la de que el reo fuere también funcionario público; sujeto pasivo solamente las autoridades, los agentes de las mismas y los funcionarios públicos, así como las personas que acudieren en auxilio de unos y otros; requiere un hecho de acometimiento, de fuerza, de intimidación grave o de resistencia también grave; que este hecho tenga lugar contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos o personas que ocasionalmente les auxilién; que se verifique cuando el sujeto pasivo se halle en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas; que se realice con intención de ofender al principio de autoridad; es un delito formal que no admite, por tanto, tentativa ni frustración; tiene existencia propia, aun cuando no se llegue a vías de hecho, pudiendo surgir otros delitos, en concurrencia con él, cuando se emplee la fuerza.

Jurisprudencia:

Las agresiones entre autoridades no constituyen el delito de atentado (S. de 2 de julio de 1909), pero a condición de que ambas autoridades obren en el ejercicio de sus funciones y que el ofensor no se halle ligado con el ofendido por deberes de subordinación o disciplina (S. de 8 de julio de 1922); son responsables no sólo los que intimidan con armas, sino también los que acompañándoles intimidan con la fuerza del número (S. de 3 de marzo de 1896); comete este delito el que se resiste tenazmente a ser detenido por un guardia (S. de 15 de octubre de 1921); no está en el ejercicio de sus funciones el guardia municipal que se encuentra cenando (Sentencia de 17 de febrero de 1911); la autoridad no pierde su carácter, aun cuando al desempeñar sus funciones se produzca en términos descompuestos (S. S. de 25 de octubre de 1901 y 28 de octubre de 1903); pierde, en cambio, su carácter de autoridad, no produciéndose atentado, cuando sus excesos llegan a constituir agresión ilegítima (S. S. de 6 de julio de 1906 y 20 de diciembre de 1929).

g) *Resistencia y desobediencia.*

Definición legal:

Cometen este delito los que, sin estar comprendidos en el artículo 231, resistieren a la autoridad o a sus agentes o les desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de su cargo (art. 237).

Características :

Los funcionarios públicos no pueden ser sujetos de este delito, que sólo se comete contra la autoridad y sus agentes ; la resistencia a que se refiere es la menos grave, diferenciándose de la grave, constitutiva del atentado, en que en éste se opone una fuerza material a la acción empleada por la autoridad, mientras que en aquélla lo que se opone es una actitud pasiva e inerte ; la desobediencia ha de ser grave, entrañando, no una simple omisión u olvido, sino una actitud claramente negativa y hostil, requiriendo : que la orden emane de una autoridad o agente que se halle en el ejercicio de sus funciones y afecte a hechos que estén dentro de su competencia ; que la orden sea de cumplimiento inexorable por parte de la persona que se niega a prestarle acatamiento ; que preceda requerimiento en forma o mandato expreso, claro y terminante ; que el culpable se coloque en actitud de rebeldía, con el fin de desprestigiar a la autoridad.

Jurisprudencia :

Cometen resistencia los que, reunidos en un casino, desobedecieron la orden de cerrarlo, ante el mismo Alcalde, que se presentó ante ellos (S. de 22 de diciembre de 1877), y los que se negaron a obedecer la orden del Alcalde de que cesara el baile que sin permiso alguno se celebraba en un café (S. de 25 de junio de 1904). No comete este delito y sí la falta del 570-5.º, el que encontrándose embriagado se tira al suelo para no ser detenido por un guardia, siendo necesario el auxilio de otros para ser conducido a la prevención municipal (S. de 12 de julio de 1905). Comete desobediencia grave el médico titular que no cumple las repetidas órdenes del Alcalde para que asista a un enfermo (S. de 18 de diciembre de 1882), y el que, conminado, no entrega un arma a los agentes de la autoridad, sin otro acto de violencia (S. de 11 de mayo de 1906). No incurre en la desobediencia de este artículo el vecino que se niega a llevar un oficio al Juzgado de Instrucción de parte del Alcalde de Barrio (S. de 12 de octubre de 1907), ni los que, requeridos por un sereno para que se retiraran de la acera donde estaban sentados, se niegan a ello, accediendo después ante la intervención de un guardia (S. de 5 de enero de 1933).

h) *Desacato.*

Definición legal:

Cometen este delito: los que hallándose un ministro o una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, los calumniaren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, en su presencia o en escrito que les dirijan (art. 240); el funcionario público que, hallándose su superior jerárquico en el ejercicio de su cargo, lo calumniare, injuriare, insultare o amenazare de hecho o de palabra, en su presencia o en escrito que le dirija (artículo 241); los que hallándose un ministro o una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas los calumniaren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, fuera de su presencia o en escrito que no estuviere a ellos dirigido (art. 244).

Características:

De las tres formas anotadas (existe también la de calumnias e insultos contra Falange Española Tradicionalista, art. 242), la última implica desacato impropio, porque falta la presencia del sujeto pasivo o el escrito dirigido a la autoridad. Las tres requieren: un acto de calumnia, insulto, injuria o amenaza; que tales actos se dirijan contra un ministro, una autoridad o contra un funcionario superior, respecto del inferior que desacata; *ánimus injuriandi*.

Jurisprudencia:

No hay desacato en las ofensas entre autoridades (S. S. de 22 de octubre de 1909, 30 de diciembre de 1922 y 28 de octubre de 1930), pero es preciso que ofensor y ofendido se hallen en el ejercicio de sus funciones (S. de 12 de junio de 1889); puede cometerse contra Corporaciones y clases determinadas del Estado (S. de 11 de diciembre de 1935); lo comete el que ofende a una Diputación provincial en escrito que le dirige (S. de 2 de octubre de 1902), y el que en acto público arroja un tomate contra persona que encarna autoridad (Sentencia de 6 de diciembre de 1934), y los que dan cerradura a una autoridad (S. de 14 de noviembre de 1892); cuando la autoridad da margen con sus excesos a que por retorsión se justifique la defensa contra un ataque ilegítimo, queda reducido el hecho a una cuestión entre particulares (S. de 19 de marzo de 1934); no constituye desacato el

hecho de rasgar un bando puesto en una esquina (S. de 5 de mayo de 1885).

i) *Injurias, insultos o amenazas a los funcionarios públicos o a los agentes de la autoridad.*

Definición legal:

Cometen este delito los que injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra a los funcionarios públicos o a los agentes de la autoridad, en su presencia o en escrito que les dirigieren (art. 245).

Características:

Sujeto activo, cualquiera; sujeto pasivo, sólo los funcionarios públicos y los agentes de la autoridad; requiere: un hecho de injuria, insulto o amenaza de hecho o de palabra y de cierta gravedad, pues en otro caso pueden integrar las faltas del art. 570-5.º y 6.º; que se ejecute contra los funcionarios públicos o agentes de la autoridad cuando se hallen en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas; que sea en su presencia o en escrito que se les dirija; intención delictuosa.

Jurisprudencia:

Constituye este delito la palabra «cochino» dirigida a un guardia municipal (S. de 13 de octubre de 1877), y llamar indecentes, pillos y borrachos a los guardias municipales (S. de 21 de octubre de 1878), y las expresiones de «brutos que no saben lo que se hacen» dirigidas a los Concejales de un Ayuntamiento (S. de 5 de diciembre de 1878). No hay delito en las ofensas que entre sí se causen los funcionarios, si todos obran en el ejercicio de sus funciones (S. de 12 de junio de 1899), pues son hechos que revelan únicamente falta de deferencia o de cortesía (S. de 26 de noviembre de 1895); no lo es el llamar «lila» al alguacil del Ayuntamiento (S. de 23 de mayo de 1902); ni que un Teniente de Alcalde llame «embustero» en sesión pública a un comisionado del Gobernador, pues ambos son agentes de la autoridad y tal expresión sólo revela falta de cortesía (S. de 26 de noviembre de 1895).

j) *Falsificación de documentos públicos y oficiales.*

Definición legal:

A nuestro fin, las dos formas más importantes son: el funcionario público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad: 1.º Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica. 2.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido. 3.º Atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho. 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos. 5.º Alterando las fechas verdaderas. 6.º Haciendo en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido. 7.º Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero. 8.º Intercalando cualquier escritura en un protocolo, registro o libro oficial. 9.º Simulando un documento, de manera que induzca a error sobre su autenticidad (art. 312), y el funcionario público que librare certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas (art. 312).

Características:

Respecto a la primera modalidad: son sujetos activos de este delito sólo los funcionarios públicos, cuando obran en el ejercicio de sus funciones y con abuso de las mismas; para que el delito exista es preciso: alteración de la verdad; que la alteración se obtenga por alguna de las nueve causas expresadas; que la alteración imite la verdad misma, en forma que induzca a error; voluntad y conciencia de la alteración; no requiere ánimo de lucro, ni perjuicio, ni ánimo de perjudicar a un tercero, siendo indiferente el móvil determinante, pues lo que se castiga es el quebranto del público interés y la falta de probidad del funcionario.

En cuanto a la modalidad segunda, sólo pueden ser sujetos activos los funcionarios públicos autorizados para librar las certificaciones correspondientes; la certificación debe ser expedida con conciencia de la falsedad de lo certificado; no es preciso ánimo de lucro.

Jurisprudencia:

Constituye falsedad del 302, núm. 2, hacer constar en el acta de una sesión del Ayuntamiento la existencia de Concejales que no

concurrieron (S. de 18 de octubre de 1887); la del 302, núm. 4, que el Secretario del Ayuntamiento ordene a un oficial raspar en un libro de actas una fecha y poner otra anterior, salvando lo raspado por encima de las firmas, con cuya actuación se produjo al Ayuntamiento un perjuicio de 4.000 pesetas, sin que sea óbice la circunstancia de que el procesado no realizara materialmente dicha alteración (S. de 9 de marzo de 1934); cuando la alteración recae sobre extremos no esenciales, no hay delito de falsedad (S. S. de 4 de febrero de 1889 y 26 de marzo de 1926); comete el delito del artículo 312 el Secretario de Ayuntamiento que expide certificación de buena conducta a favor de quien, ni antes ni al tiempo de librarla, había sido vecino del pueblo (S. de 26 de enero de 1888).

k) *Prevaricación.*

Definición legal:

Comete prevaricación el funcionario público: que a sabiendas dictare resolución injusta en asunto administrativo (art. 358-1); que por negligencia o ignorancia inexcusable dictare resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo (art. 352-2); que faltando a la obligación de su cargo dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes (art. 359).

Características:

Sujetos de este delito son solamente los funcionarios públicos que por razón de su cargo puedan dictar resoluciones en negocios administrativos o tengan el deber de promover la persecución y castigo de los delincuentes, por lo que respecta, claro está, a las formas de prevaricación que hemos recogido en la definición legal; las dos primeras formas implican acción y requieren resolución injusta, dictada a sabiendas de su injusticia, en el primer caso, y resolución manifiestamente injusta, dictada con negligencia e ignorancia inexcusable, en el segundo; la tercera modalidad implica omisión y requiere malicia, no bastando una actitud pasiva o de falta de celo, sino que es preciso intención perversa de que el delito quede impune.

Jurisprudencia:

Cometen este delito los Concejales que declaran la nulidad del ingreso del remate de pastos comunales y, sin devolverlo al rema-

tante, proceden por vía de apremio contra éste y le embargan y venden bienes (S. de 8 de julio de 1936); y el Alcalde que noticioso de la ejecución de hurto devuelve, por sí y ante sí, a los dueños respectivos los efectos hurtados y no instruye atestado, ni pone el hecho en conocimiento del Juez municipal (S. de 20 de octubre de 1877). No comete este delito el Secretario de Ayuntamiento que se limita a extender y refrendar las providencias del Alcalde (S. de 25 de enero de 1893); ni el que no advierte la improcedencia de un acuerdo, porque el Código penal sólo castiga a los que dictaran la resolución injusta (S. de 8 de julio de 1936).

1) *Infidelidad en la custodia de documentos.*

Definición legal:

Comete este delito el funcionario público que sustrajere, destruyere u ocultare documentos o papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo, con daño, grave o no, para tercero o para la causa pública (art. 364).

Características:

No basta la simple desaparición del documento, sino que hace falta que la desaparición obedezca a sustracción, destrucción u ocultación; tiene que existir daño de tercero o de la causa pública, pudiendo o no ser grave; los documentos o papeles han de estar confiados al funcionario por razón de su cargo; es preciso conciencia de que los documentos o papeles en cuestión le estaban confiados por razón de su cargo y voluntad de sustraerlos, destruirlos u ocultarlos.

Jurisprudencia:

Comete este delito el Secretario cesante de un Ayuntamiento, que retiene los libros de actas de la Corporación (S. de 28 de septiembre de 1894); es sólo falsedad y no infidelidad en la custodia de documentos arrancar el Secretario del Ayuntamiento un acta del libro de sesiones y sustituirla por otra (S. de 2 de julio de 1907).

II) *Violación de secretos.*

Definición legal:

La modalidad de interés para nosotros consiste en el hecho de

que el funcionario público revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio, o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados (art. 367).

Características :

Los secretos han de ser de carácter oficial, sin que se encuentren entre ellos los relativos a la defensa nacional, ni los que afecten a la seguridad política, que están comprendidos en el artículo 122; no es menester que se cause daño a la causa pública, pues esta circunstancia es sólo motivo de agravación; la entrega de papeles o copia de papeles ha de ser indebida, es decir, ilícita; ha de consistir en documentación a cargo del funcionario por razón de su oficio.

Jurisprudencia :

Comete este delito el que como delegado de un Gobernador civil publica con su firma y sin la autorización competente la memoria que como tal delegado redactó sobre la gestión administrativa de un Municipio (S. de 13 de junio de 1884).

m) *Desobediencia.*

Definición legal :

Se halla constituido este delito por el hecho de que los funcionarios judiciales o administrativos se nieguen abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro de los límites de sus respectivas competencias y revestidas de las formalidades legales (art. 369).

Otra figura de menos interés es la que se produce si se reitera la orden y se persevera en la desobediencia.

Es distinto intrínsecamente, como se ve, del de resistencia y desobediencia definido en el artículo 237 y anteriormente expuesto.

Características :

La negativa ha de ser clara y manifiesta, aunque puede envolver las formas del silencio prolongado e incluso de la apariencia de acatamiento; el incumplimiento tiene que ser intencionado; es decir, no proceder de olvido, error o mala inteligencia; la orden o mandato ha de emanar de una autoridad superior; ha de estar dictada dentro de

los límites de las respectivas competencias y revestida de las formalidades legales; tratándose de un mandato, es menester que no constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley, en todo caso, o de cualquier otra disposición general, en caso de que el cumplimiento incumba a funcionarios públicos constituidos en autoridad.

Jurisprudencia:

Comete este delito el Alcalde que desatiende las órdenes del Delegado de Hacienda, que le reclamaba un servicio reglamentario en expediente seguido al Ayuntamiento por débitos al Estado (S. de 16 de diciembre de 1919), y los Concejales que acuerdan no pagar la jubilación que correspondía al Secretario, según sentencia del Tribunal Contencioso, desatendiendo requerimientos del Gobernador y negándose a cumplir dicha sentencia (S. de 12 de marzo de 1932). No lo comete el Alcalde y Concejales que suspenden y destituyen varias veces al Secretario del Ayuntamiento, puesto que cuantas veces dispuso la superioridad su reposición, prestaron la debida obediencia a la orden recibida, reintegrando en su puesto al expresado funcionario (S. de 10 de enero de 1902).

n) *Denegación de auxilio.*

Definición legal:

Este delito ofrece las siguientes modalidades: el funcionario público que requerido por autoridad competente no prestare la debida cooperación para la administración de justicia u otro servicio público (art. 371, párrafo 1.º); el funcionario público que requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo, para evitar un delito u otro mal, se abstuviere de prestarlo sin causa justificada (art. 371, párrafo 3.º); el que rehusare o se negare a desempeñar un cargo público obligatorio, sin presentar ante la autoridad que corresponda excusa legal o después que la excusa fuere desestimada (art. 372, párrafo 1.º); el perito y el testigo que dejaren voluntariamente de comparecer ante un Tribunal a prestar sus declaraciones, cuando hubieren sido oportunamente citados al efecto (art. 372, párrafo 2.º).

Características:

No es preciso que la autoridad requirente sea superior del funcionario; es necesario que el requerimiento se halle dentro de la

competencia de la autoridad y esté revestido de las formalidades legales; cuando el requirente sea un particular, el auxilio solicitado ha de estar obligado el funcionario a prestarlo por razón de su cargo y ha de tender a evitar un delito u otro mal; para hacerse responsable de este delito los testigos y peritos es preciso que se les haya citado por primera vez, multados por su incomparecencia, y que citados nuevamente dejen de acudir; si concurren y se niegan a declarar, en lugar de este delito cometen el de desobediencia.

Jurisprudencia:

Comete este delito el Alcalde que se niega a prestar la debida cooperación para la ejecución de un embargo en rentas e ingresos del Ayuntamiento (S. de 31 de marzo de 1924); quien expresa que no puede aceptar el cargo por falta de salud y presenta certificación facultativa acreditándolo, no puede decir que desobedezca (Sentencia de 19 de enero de 1878).

ñ) *Anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas.*

Definición legal:

Es anticipación de funciones públicas el hecho de entrar a desempeñar un empleo o cargo público sin haber prestado en debida forma el juramento, promesa o fianza requeridos por la Ley (art. 373); es prolongación de funciones públicas el hecho de que el funcionario público continúe ejerciendo su empleo, cargo o comisión, después que debiere cesar con arreglo a las leyes, reglamentos o disposiciones especiales de su ramo respectivo (art. 374); incurre en la última figura el funcionamiento público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare (art. 376).

Características:

En la anticipación de funciones hay un elemento positivo: entrar a desempeñar el cargo en toda su integridad, y otro negativo, no haber prestado en debida forma el juramento, promesa o fianza requeridos por la Ley; la mera obligación de cesar en el cargo es la determinante del delito de prolongación de funciones, junto al hecho de su continuación, por lo que no obstan a su comisión las faltas de comunicación de la suspensión por el superior jerárquico ni otras circunstancias accesorias; no toda ausencia del funcionario integra el

delito de abandono, pues es menester que sea de tal duración que haga presumir racionalmente dicho abandono, no siendo necesario que se origine daño para la causa pública, ya que éste sólo influye en la gravedad de la sanción.

Jurisprudencia :

Comete el delito de prolongación de funciones el Alcalde que continúa ejerciendo el cargo después de haberle ordenado el Gobernador que cesare inmediatamente por haberse decretado judicialmente su suspensión (S. de 12 de febrero de 1889); y el de abandono, los Concejales que presentan las renunciaciones de sus cargos y, sin que les fueren admitidas, hacen dejación de ellos, produciendo paralización de la marcha administrativa (S. de 5 de diciembre de 1934). No hay abandono de funciones públicas en el hecho de que un Secretario de Ayuntamiento, en uso de licencia, no se reintegre al cargo al finalizar ésta, aunque puede dar lugar a otras responsabilidades (S. de 8 de marzo de 1932).

o) *Usurpación de atribuciones.*

Definición legal:

Dentro de las varias modalidades que ofrece la que, a nuestros propósitos juzgamos de más interés, es aquella que comprende a todo funcionario del orden administrativo que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere la ejecución de una providencia o decisión dictada por Juez competente (art. 378, párrafo 2.º).

Características:

Se halla establecido en defensa del poder judicial; sólo los funcionarios administrativos pueden ser sujetos de este delito en sus dos formas de arrogarse atribuciones judiciales o impedir la ejecución de las decisiones judiciales; es preciso que el funcionario actúe marcadamente con el carácter propio del cargo que ejerza.

Jurisprudencia :

Comete este delito el Alcalde que, invocando su autoridad, impide la ejecución de un embargo acordado por la autoridad judicial (S. de 14 de diciembre de 1898), y el Alcalde que ordena la continuación de unas obras en casa particular, que se habían suspendido en virtud de interdicto (S. S. de 30 de junio de 1885 y 25 de octubre de 1895). No

lo comete el Alcalde y Concejales que, previa consulta verbal al Gobernador civil y para evitar perjuicio al servicio de la enseñanza, proceden, por medio de varios vecinos, al lanzamiento de la casa escuela de la viuda del maestro, que ocupaba dicha finca desde hacía tiempo (S. de 18 de enero de 1945).

p) *Nombramiento ilegal.*

Definición legal:

Comete este delito el funcionario público que, a sabiendas, propusiere o nombrare para cargo público persona en quien no concurren los requisitos legales (art. 382).

Características:

Sólo los funcionarios públicos con potestad para proponer o nombrar para cargos públicos, pueden ser sujetos del delito; es preciso que la proposición o el nombramiento se haga a favor de quien no reúna los requisitos legales y a conciencia de que no los reúne; según R. O. C. de 18 de marzo de 1907, mientras los superiores jerárquicos no pasen el tanto de culpa a los Tribunales, no pueden éstos entender en la denuncia hecha por nombramientos contrarios a las leyes.

Jurisprudencia:

Para la existencia jurídica del delito de nombramiento ilegal es indispensable verificar el nombramiento a sabiendas de la incapacidad del nombrado (S. de 5 de marzo de 1895). No debe confundirse la incapacidad con las incompatibilidades en que pudiera estar incurso, según los casos, el nombrado (S. de 28 de diciembre de 1926).

q) *Cohecho.*

Definición legal:

Cuatro especies de cohecho contiene el Código penal; éstas son: el funcionario público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito (art. 385); el funcionario público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa para ejecutar un acto injusto, relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito (art. 386); cuando la

dáviva solicitada, recibida o prometida tuviere por objeto abstenerse el funcionario de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo (art. 387); el funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido (art. 390).

Características:

Pueden ser sujetos de este delito, en sus tres primeras especies, los funcionarios públicos y también, conforme a lo dispuesto en el artículo 388, los que desempeñen ocasionalmente funciones públicas, como árbitros, peritos, hombre buenos, etc., y en su última modalidad, sólo los funcionarios públicos; cuando actúen personas intermedias, es preciso que el funcionario haya conocido y aceptado el pacto; si no hay dádiva o promesa no existe este delito, pudiendo ocurrir que el funcionario realice el acto cediendo a ruegos o súplicas, o movido por odio, simpatía u otro móvil que no fuere el lucro, en cuyo caso no se produce el cohecho; a los efectos del delito es indiferente la mayor o menor importancia de la dádiva, que influye sólo en cuanto a la cuantía de la multa que se impone como pena; es indiferente, asimismo, la naturaleza de la dádiva, que puede consistir en dinero, bienes inmuebles, joyas, etc.; es decir, en cualquier objeto o cosa apetecible; es preciso que el acto ejecutado o que haya de ejecutar el funcionario sea relativo al ejercicio de su cargo; el delito se consuma en cuanto surge acuerdo entre corruptor y corrompido, y no es menester que se realice el acto propuesto; la abstención del artículo 387 es necesario que no constituya delito, pues en otro caso se convertiría en el cohecho del 385; respecto a los regalos a que se refiere el 390, basta su admisión, pero es preciso que sean de cierto valor, ya que los regalos ordinarios de la convivencia, aunque se hagan en consideración al cargo, podrá ser una incorrección el recibirlos, pero no un delito, no entrando tampoco dentro de esta infracción los que tengan carácter de homenaje oficial o colectivo, y, en general, los de tipo honorífico.

Jurisprudencia:

Comete este delito el Teniente de Alcalde que conviene con unos panaderos en tolerarles que vendan el pan falto de peso, siempre que le entreguen 2.500 pesetas (S. de 23 de diciembre de 1932); y el Alcalde que, mediante dinero que guarda para sí, permite que

pasten en terrenos del Municipio los ganados de un particular (Sentencia de 18 de octubre de 1886); constituye este delito el hecho de conceder un Ayuntamiento regalos a un sobreguarda de montes, en consideración a su oficio, e incurren en él el sobreguarda que los admite y los funcionarios públicos que los ofrecen (S. de 23 de diciembre de 1876); y el de que unos empleados de Consumos aceptaran dádivas o remuneración por abstenerse de exigir declaración en el fielato para el pago de derechos e impuestos a determinadas especies; hay estafa y no cohecho cuando el funcionario exige cantidades para realizar actos que no estén dentro de sus facultades (S. 1 de marzo de 1900); hay cohecho frustrado cuando el funcionario, obrando en el cumplimiento del deber, finge aceptar la dádiva (S. de 12 de enero de 1945), y también cuando, al revés, el fingido corruptor entrega al funcionario la dádiva, consistente en billetes reseñados, de los que se incautó la Policía inmediatamente (S. de 8 de julio de 1946).

r) *Malversación de caudales públicos.*

Definición legal:

La de sus figuras más importantes es: el funcionario público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones (artículo 394); el funcionario que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos en cuantía superior a mil pesetas (art. 395); el funcionario que aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo (art. 396); el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados (art. 397).

Características:

Únicamente pueden ser sujetos de este delito los funcionarios públicos y las personas a que se refiere el artículo 399, o sea, «los que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares»; los auxi-

liares del funcionario, que por encargo de éste manejen los fondos, sin ser empleados públicos, no cometen este delito; los particulares que como coautores, cómplices o encubridores participaren en una malversación, serán responsables, no de este delito, sino de un delito común de hurto; los caudales han de ser públicos; los caudales públicos ha de tenerlos el funcionario por razón de sus funciones, por exigencias de la Ley, pues si los tiene porque el propietario o poseedor de los caudales los confía voluntariamente al funcionario público, sin estar obligado a ello, no se comete malversación; entiéndese por caudales todo género de bienes (dinero, letras de cambio, cheques, valores mobiliarios, acciones, obligaciones, joyas, objetos de arte, etc.), que representen algún valor, siendo indiferente que sean o no fungibles; sustraer equivale aquí a la apropiación definitiva con ánimo de no restituir; nada importa el medio empleado para realizar la sustracción, pero puede producirse un concurso de delitos, como en caso de falsedad; el mero alcance no siempre equivale a sustracción de fondos, ya que puede provenir de causas ajenas a la responsabilidad del funcionario; en la sustracción del artículo 394, el reintegro posterior de los caudales o efectos sustraídos, no hace desaparecer la culpabilidad del hecho, ni la atenúa, a menos que concurra la atenuante novena del artículo 9.º, resultando, asimismo, indiferente, en tal modalidad, que se produzca o no daño o entorpecimiento del servicio público; en la penalidad correspondiente a la malversación del artículo 395 influye, por el contrario, la circunstancia de que tenga lugar o no el reintegro antes del juicio, mientras que en la del 396 juegan ambas circunstancias, la del reintegro y la del daño o entorpecimiento del servicio público, y en la del 397 solamente esta última; la distinción entre los artículos 394 y 396 se encontrará en que en el primero se pena una sustracción; es decir, un apoderamiento sin intención de restituir, y en el segundo lo que se pena es una mera distracción; es decir, un hurto indebido de fondos, con ánimo de reintegro.

Jurisprudencia:

Los Alcaldes no están encargados de guardar los fondos del Municipio; pero siendo ordenadores de pagos y teniendo intervención directa en su custodia, la distracción de aquéllos por los mismos constituye este delito (S. de 20 de noviembre de 1896); comete este delito el Alcalde que se incautó de los fondos municipales para retenerlos en su poder (S. de 14 de junio de 1926); y el que se apro-

pia cantidades que recibió procedentes de multas y de alquiler de una casa propia del Ayuntamiento (S. de 22 de julio de 1939); y el Secretario municipal que se apropia cantidades concedidas por el Estado para indemnizar a los vecinos de los daños sufridos por un pedrisco (S. de 13 de abril de 1927); y el Interventor de fondos que se pone de acuerdo con el Depositario para realizar una sustracción. No lo comete el que paga sus haberes a los funcionarios del Municipio con fondos procedentes de frutos embargados por contribuciones (S. de 25 de abril de 1895); ni el Ayuntamiento que apremiado por el Gobernador para que satisficiera a los maestros las cantidades que les adeudaba y no teniendo fondos bastantes destina a tal fin un depósito reintegrable constituido por el arrendatario de los consumos del pueblo (S. de 7 de mayo de 1885).

s) *Fraude.*

Definición legal:

Incurrir en fraude el funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrataciones, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concerta con los interesados o especuladores o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, Provincia o Municipio (artículo 400), y el funcionario público, que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo (art. 401).

Características:

Solamente los funcionarios públicos que por razón de su cargo intervengan en algunas de las operaciones taxativamente citadas pueden ser sujetos de este delito, pues si, aun siendo funcionario público, no interviene por razón de su cargo, sino de modo privado, no se comete fraude; es preciso concierto o cualquier otro artificio en la primera forma, e interesarse, directa o indirectamente, en la segunda; el artículo 400 requiere ánimo de defraudar, y el 401 no, pero tanto en uno como en otro es indiferente para la existencia del delito que la defraudación tenga o no lugar; tiene gran semejanza este delito con el de negociaciones prohibidas del artículo 404 y con el de ejercicio ilícito de profesión o empresa del 198, hasta el punto que resultará, a veces, difícil distinguir, en la práctica, la figura delictiva que recoge la segunda modalidad del 198 y la que comprende el 401.

Jurisprudencia :

Comete este delito el Alcalde que se asocia a los arrendatarios de consumos, repartiéndose con ellos las pérdidas y ganancias (Sentencia de 16 de enero de 1896); y el Concejal que en diversas ocasiones trata de interesarse en la contrata del servicio de alumbrado público (S. de 2 de diciembre de 1889); y el Secretario de Ayuntamiento que habiendo intervenido en el expediente de subasta de varios terrenos del Municipio, adquiere algunos de ellos antes de que las diligencias estuvieren terminadas (S. de 26 de marzo de 1926).

D) *Las cuestiones prejudiciales en materia penal y las previas administrativas.*

a) *Prejudiciales.*

Se llaman cuestiones prejudiciales en materia penal a aquellas que sobre otras materias y reguladas, por tanto, por un ordenamiento jurídico distinto surgen en el proceso punitivo, ejerciendo sobre éste tal influencia, ya en cuanto a la existencia misma del delito, ya en cuanto a sus circunstancias, que exigen una resolución previa, la cual puede dictarse por el mismo tribunal del delito o por tribunal distinto; pero cuyo conocimiento, de plantearse aisladas, correspondería a jurisdicción diferente.

Por sus efectos procesales se las divide en perfectas e imperfectas, según que excluyan o no la competencia del Juez o Tribunal penal. Las excluyentes, llamadas también devolutivas, pueden ser, a su vez, absolutas, cuando la inhibición de la jurisdicción penal es definitiva, y relativas, cuando la inhibición se condiciona a que el interesado acuda, en el plazo que a tal efecto se le fije, ante la jurisdicción no penal que en cada caso resulte competente. Por la naturaleza de la norma sustantiva que las regula, pueden ser de Derecho civil, mercantil, canónico, político, administrativo, etcétera, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal no considera nada más que las civiles y las administrativas, y en materia matrimonial las canónicas.

En nuestra legislación se trata por vez primera esta materia en los artículos 3.º al 7.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el propósito, según la exposición de motivos de la Ley, de «suplir un vacío sustancial, por donde era frecuente el arbitrio un tanto desmedido, y más que desmedido contradictorio, de la jurisprudencia».

cia». No obstante, debido a lo incompleto de tales normas, subsiste en la práctica judicial la vacilación y la oscuridad reinante antes de la regulación legal.

Cuatro son las hipótesis que distingue la Ley, a saber: las cuestiones civiles y administrativas que aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación; las cuestiones determinantes de la culpabilidad o de la inocencia; las cuestiones civiles prejudiciales referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión del estado civil, y las cuestiones civiles prejudiciales que se refieren al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real.

Para cada uno de estos casos, la Ley arbitra las siguientes soluciones:

Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación (art. 3.º).

Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuere determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda, pudiendo fijar un plazo que no exceda de dos meses para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o Contencioso Administrativo competente; pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Tribunal de lo criminal alzará la suspensión y continuará el procedimiento; en estos juicios será parte el Ministerio Fiscal (art. 4.º).

No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, las cuestiones civiles prejudiciales referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión del estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo criminal (art. 5.º).

Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión (art. 6.º).

La falta de preceptos legales reguladores ha dado lugar a que surjan en torno al procedimiento multitud de interesantes problemas. ¿Quién puede plantear las cuestiones prejudiciales, en qué

forma, en qué momento, ante quién, quién las admite o rechaza, quién las resuelve? La doctrina, en las soluciones que depara, no se halla, a veces, acorde. Siguiendo a Fenech, diremos:

Las cuestiones prejudiciales, en general, pueden ser planteadas por las partes, incluido el Fiscal, pero no de oficio.

Ha de hacerse por escrito, por medio de Procurador y con firma de Letrado, para lo cual, si el interesado en interponerlas fuera el inculcado, se le nombrará de oficio uno y otro, en los casos y con los presupuestos establecidos en la Ley.

El momento de interposición varía, según la clase de cuestión prejudicial de que se trate; en las no excluyentes de la competencia del Tribunal penal pueden proponerse desde el momento en que se han constituido en partes los que intenten hacerlas valer, hasta el acto del juicio oral, inclusive, si la prueba practicada en éste aporta al proceso hechos que fundamenten su interposición; en las excluyentes o devolutivas absolutas, desde el momento en que se han constituido en partes las que intenten hacerlas valer, hasta el acto mismo de la calificación provisional, y en las excluyentes o devolutivas relativas, el período de proposición es el mismo que para las excluyentes absolutas y el que se fije por el Tribunal, que no podrá exceder de dos meses, para la interposición.

Las cuestiones prejudiciales deben plantearse ante el Juez o Tribunal que entienda de la etapa procesal en que se halle el procedimiento penal en el momento del planteamiento.

Las no excluyentes se admiten, en todo caso, por el Juez o Tribunal ante el que se promueven, ya que no interrumpen el curso del proceso, y las excluyentes se admiten o se rechazan por el Tribunal competente para dictar sentencia y no por el Juez de Instrucción, aunque la pretensión prejudicial se formule en la etapa sumarial del proceso.

La decisión de las no excluyentes corresponde al mismo Tribunal que ha de resolver la pretensión punitiva; la de las excluyentes absolutas al titular no penal del órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso en que deban ventilarse dichas pretensiones, y la de las excluyentes relativas, en primer término, al igual que en el caso anterior, al titular no penal del órgano jurisdiccional competente, para conocer del proceso en que deba ventilarse, y en segundo término, al mismo Tribunal penal encargado de resolver la cuestión punitiva.

Es constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que no son impugnables en casación ni la resolución dada por el Tribunal pe-

nal, en la sentencia, a las cuestiones prejudiciales, ni los autos en que se acuerde o se niegue la suspensión del procedimiento para deferir al Juez competente la cuestión.

Las cuestiones prejudiciales pueden ser propuestas, incluso verbalmente, en los juicios de faltas, porque la Ley de Enjuiciamiento Criminal habla en general de Tribunales de lo criminal, entre los cuales hay que contar a los Tribunales municipales, hoy Juzgados Municipales, Comarcales y de Paz; porque de hecho se vienen planteando y admitiendo con mucha frecuencia, sobre todo en juicios por hurtos, daños, pastoreo abusivo, etc., y porque el Tribunal Supremo así lo tiene reconocido, entre otras sentencias, en las de 29 de abril de 1887 y 27 de octubre de 1900.

b) *Previas administrativas.*

Son cuestiones previas administrativas aquellas que plantean la procedencia o improcedencia del proceso penal en que surgen y cuya resolución corresponde a la Administración activa.

Se diferencian de las prejudiciales: en que la decisión de las previas compete en todo caso a la Administración activa, y la de las prejudiciales, en todo caso también, a la esfera jurisdiccional, penal o no penal; las previas afectan a la pertinencia de la acción penal, y, por tanto, a la existencia misma del fallo, mientras que las prejudiciales actúan como elementos de la resolución de fondo y no evitan el fallo, que siempre se produce, influyendo, en cambio, en su sentido; en las previas no es parte el Ministerio Fiscal, y en las prejudiciales, sí; la competencia para resolver las cuestiones prejudiciales se atribuye, por regla general, aunque sólo sea a los efectos de la represión, a los Tribunales de lo criminal, en tanto que estos Tribunales carecen en absoluto de facultades para la resolución de las previas; las previas dan lugar a cuestiones de competencia, lo que no ocurre con las prejudiciales.

La Ley de 17 de julio de 1948 fija los trámites a seguir para las cuestiones de competencia en general que se susciten entre la Administración y los Jueces o Tribunales ordinarios y especiales, ya sean positivas o negativas, ya se promuevan por inhibitoria o por declinatoria, determinando que la resolución de las mismas corresponde al Jefe de Estado, mediante decreto que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

Conforme a dicha Ley, la Administración pública, representada por el Gobernador civil de la respectiva Provincia o por el Delega-

do de Hacienda en las materias referentes a su ramo, previo dictamen escrito del Abogado del Estado, puede requerir de inhibición a los Jueces o Tribunales que entiendan en causa criminal, cuando exista cuestión previa administrativa.

Es forzoso, dice el artículo 15, que se concrete en el requerimiento los términos de dicha cuestión y que se cite literalmente el texto o textos que la amparan.

Si se admite la existencia de la cuestión previa, resuelta que sea ésta por quien corresponda, se devolverán los autos sin dilación alguna al Juez o Tribunal competente para que proceda con arreglo a derecho, declarando no haber lugar a la continuación del juicio si la decisión administrativa envolviera falta de legitimidad del procedimiento, y continuándolo en el caso contrario en el estado en que quedó al entablarse el conflicto.

La autoridad administrativa llamada a resolver la cuestión previa, la decidirá en el plazo que las leyes y reglamentos generales hayan establecido. Cuando no exista plazo prefijado, la cuestión previa habrá de resolverse en el término máximo de seis meses, transcurrido el cual sin que aquélla lo haya resuelto, el Juez o Tribunal que antes conocía del asunto reclamará los autos de la autoridad requirente, la que habrá de devolverlos dentro de los cinco días siguientes, continuándose por el organismo judicial el procedimiento interrumpido, en la forma legal.

La jurisprudencia administrativa referente a la existencia o inexistencia de cuestiones previas, es abundante y, a veces, contradictoria. Divididos en dos grupos, damos cuenta a continuación de varios decretos resolutorios de competencias, relativos a cuestiones previas administrativas en la órbita de la Administración local, con ánimo de inducir algunos principios generales sobre la materia.

Existe cuestión previa administrativa:

En lo relativo a la ejecución de acuerdos municipales, ya que es preciso determinar si la autoridad municipal se ajustó a ellos, o si, por el contrario, se excedió (D. de 17 de junio de 1891).

Sobre malversación de fondos municipales, hay cuestión previa en todo lo que figure en las cuentas municipales, y no la hay en lo que no figure (D. de 27 de agosto de 1914); cuando la malversación consiste en abonar cantidades por créditos que se suponen no reconocidos por el Ayuntamiento, u otros sin justificación de conceptos, el hecho guarda relación con la debida o indebida inversión de los fondos municipales, y hay que resolver previamente sobre la legi-

timidad o ilegitimidad de los pagos, y hasta tanto se haga existe una cuestión previa administrativa (D. de 8 de enero de 1919).

En los casos de delitos de desobediencia, la existencia de la orden, su legalidad formal y la competencia de la autoridad de quien emana, constituyen, por regla general, cuestiones previas administrativas (D. de 13 de junio de 1932).

En los casos de denuncia por exacción ilegal, fraude o estafa, con motivo de una imposición tributaria o de su recaudación, la cuestión previa administrativa se da cuando haya que decidir de antemano sobre la legalidad o ilegalidad de la imposición acordada, del señalamiento de las cuotas y de sus cuantías (D. de 22 de diciembre de 1942).

Por regla general, hay que entender la existencia de cuestión previa en todo lo hecho en el trámite de los expedientes de apremio, dadas las facultades que en estos expedientes tienen los agentes ejecutivos (D. D. de 12 de febrero, 2 de junio y 15 de agosto de 1915).

En el supuesto delito de nombramientos ilegales atribuidos a un Alcalde, mientras no se decida por la autoridad del orden administrativo si se excedió o no de las facultades que legalmente le estaban conferidas, es indudable que existe por resolver una cuestión previa (D. D. de 8 de septiembre de 1914 y 11 de mayo de 1916).

No existe cuestión previa administrativa:

Cuando el procedimiento criminal se inicie en virtud de tanto de culpa pasado por la Administración (D. D. de 26 de mayo de 1899, de 28 de abril de 1914 y de 13 de junio de 1922).

Cuando la cuestión previa se confunda con una causa de exención de la penalidad, como la de obrar en cumplimiento de un deber en el ejercicio del cargo o en virtud de obediencia debida, ya que las circunstancias eximentes sólo pueden ser apreciadas por la justicia penal en el fallo (D. D. de 5 de diciembre de 1928, 15 de junio de 1933 y de 7 de octubre de 1935).

Tampoco existe, por regla general, en los delitos de falsedad y en aquellos otros en que la falsedad es un medio para su comisión. Así, no exige resolución previa administrativa la falsedad imputada a un Secretario al extender una certificación, porque la única averiguación pertinente es la de si existen o no los acuerdos originales, sin que importe nada la naturaleza o validez de los mismos (D. de 15 de junio de 1898). Si la malversación de fondos públicos se cometió mediante falsedad, no es necesaria la previa censura de

cuentas, porque la aprobación de éstas depende de los datos que en ella consten, que pueden ser o no falsos (D. D. de 8 de enero y de 30 de junio de 1913).

En la malversación de fondos públicos, aparte de los casos de falsedad, no ha lugar a cuestión previa si el delito consiste en la omisión del ingreso de cantidades recaudadas (D. D. de 8 de enero y 22 de febrero de 1913); ni si las cuentas se hallan censuradas y aprobadas (D. D. de 6 de agosto de 1905 y 5 de enero de 1922), y mucho menos si están archivadas y nada aparece en ellas de lo que originó la malversación (D. de 24 de marzo de 1911).

En los fraudes y exacciones ilegales, cuando la percepción indebida se haya verificado fuera de los límites estrictos del expediente o procedimiento administrativo (D. de 26 de abril de 1914); ni cuando el recaudador cobró recargo durante el período voluntario (Decreto de 25 de diciembre de 1915).

En la negativa de un Alcalde interino a dar posesión al propietario, que le requirió por medio de Notario, exhibiéndole testimonio de haberse dejado sin efecto el auto de procesamiento determinante de la suspensión, no existe cuestión previa (D. de 15 de marzo de 1898); ni tampoco en la infracción penal que haya podido cometer el que presidió una sesión, después de notificársele el auto de suspensión (D. de 11 de septiembre de 1922).

E) *Procedimiento.*

Las responsabilidades de orden penal en que incurran los miembros y funcionarios de las Entidades locales, serán exigidas ante los competentes Tribunales de justicia, bien de oficio, a instancia del Fiscal, a quien los Alcaldes, Presidentes de Diputaciones o Gobernadores, comunicarán los antecedentes oportunos para que ejercite su ministerio, o bien por acción privada, que será popular y se podrá utilizar por todos los españoles, sin perjuicio de la responsabilidad que proceda por acusación falsa o calumniosa.

En los sumarios que se incoen, tanto contra los miembros de las Entidades locales, como contra sus funcionarios, por presuntos delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, los Jueces que no sean de Instrucción sólo podrán practicar diligencias preliminares de reconocida urgencia, verificado lo cual y en el plazo de cuarenta y ocho horas darán cuenta de la incoación del sumario al Juez de Instrucción, si se hallare en funciones, y, en otro caso, al Presiden-

te de la Audiencia Territorial, cuya Sala de gobierno designará Juez especial en las veinticuatro horas siguientes.

Siempre con relación a los delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, el procesamiento de los Alcaldes, Concejales, Presidentes de Diputaciones y Diputados provinciales, tiene que ser acordado por las Audiencias provinciales respectivas, pudiendo acordarse el de los funcionarios por los Jueces de Instrucción.

El procesamiento puede acarrear la suspensión judicial de unos y otros. De todo procesamiento se dará cuenta por la autoridad judicial al Gobernador civil de la provincia respectiva, quien, con independencia de la resolución judicial, puede acordar la suspensión gubernativa de los componentes de las Entidades locales que se hallen procesados. La suspensión administrativa de los funcionarios procesados no compete al Gobernador, sino a los órganos enumerados en el artículo 115 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, y sólo como medida aneja a procedimiento disciplinario.

Contra los autos que dicten las Audiencias provinciales decretando el procesamiento de Alcaldes, Concejales, Presidentes de Diputaciones y Diputados provinciales, se dará recurso de súplica, dentro del término de tres días, ante el mismo Tribunal. Contra la resolución desestimatoria del recurso de súplica procederá el de apelación, en un solo efecto, que deberá entablarse dentro del plazo de cinco días, a menos que se hubiera propuesto subsidiariamente al interponerse el primero de aquéllos, por si fuere desestimado.

Fuera de las especialidades apuntadas, el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad penal en que incurran los miembros y funcionarios de las Entidades locales, en su calidad de tales, se rige por las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ponemos aquí, por hoy, punto final. En otro artículo, dada la extensión alcanzada ya por éste, proseguiremos el estudio de las demás responsabilidades legales en que pueden incurrir los miembros y funcionarios de las Entidades locales (administrativa, civil y colegial), para terminar con una concisa y somera referencia a la responsabilidad moral.

E. GONZÁLEZ NIETO