



Septiembre/Octubre 2022 · G.5 BIDA. AOL-22-G5

## **De la omisión del deber de perseguir delitos y de la inactividad de la Administración: Vía de hecho y la prevaricación omisiva ante supuestos de maltrato, abandono animal y denuncias administrativas (Art. 408 y 404 del CP)**

Dulcenombre Aguilera Aguilera  
Abogada. Miembro experto de INTERCIDS  
INTERCIDS, Operadores Jurídicos por los Animales  
[equipotecnico@intercids.org](mailto:equipotecnico@intercids.org)

### **RESUMEN:**

**De todos es bien conocido, sobre todo por parte de todas aquellas personas vinculadas a la protección animal en cualquiera de sus vertientes, el hecho de que no ocurra nada, ocurra demasiado tarde o no seamos atendidos ante una llamada en solicitud de auxilio al evidenciar un caso de maltrato animal o abandono, bien sea en la vía pública o en una vivienda, no recibir respuesta de la Administración ante la que se ha presentado una denuncia administrativa, o recibirla demasiado tarde, creando con ello una sensación de impunidad ampliamente expandida en nuestra sociedad actual.**

**La lentitud del engranaje administrativo/judicial, la falta de formación de los distintos interlocutores intervinientes en el proceso, el colapso por el elevado número de procedimientos a tramitar y en muchos supuestos la falta de medios, hacen que una llamada de auxilio de una persona que está siendo testigo de un caso de maltrato animal o abandono, en los citados supuestos, o una denuncia administrativa incluso con medidas provisionales, no logren impulsar el comienzo del preceptivo procedimiento, teniendo estos casos, de cara a la administración la consideración de “supuestos de tercera categoría” o de “menor importancia”, generando con ello ante la sociedad una sensación de absoluta desidia a la hora de interponer una denuncia o utilizar la vía judicial.**

## 1. INTRODUCCIÓN

En muchas ocasiones nos preguntamos:

1. ¿Tiene algún tipo de responsabilidad el **Agente de la Autoridad** al que acudimos a comunicar unos hechos o poner una denuncia por un presunto delito de maltrato animal o abandono bien en la vía pública o encerrado en una vivienda sin ningún tipo de atención (estamos siendo testigos directos de un animal con aparentes signos de violencia y/o en pésimas condiciones higiénico sanitarias: extrema delgadez, signos de enfermedad, parásitos, ...los hay a miles amarrados a olivos a la intemperie, en especial los perros “utilizados” para la caza en asentamientos clandestinos... o alguien que baja de un coche al animal dejándolo completamente abandonado a su suerte...o que se marcha de viaje dejando encerrados en una vivienda a sus animales durante semanas con el riesgo de morir de inanición...) personándonos en sus instalaciones, haciendo una comparecencia mediante la cual comunicamos la existencia de unos hechos, aportando imágenes y testigos sobre los mismos y pese a ello, se nieguen a recoger nuestra denuncia alegando falta de competencia, falta de efectivos, de ser puente o algún tipo de festividad, nos emplacen para otro momento, ralenticen/pospongan la intervención por no considerarla urgente, ni siquiera realicen las primeras diligencias o incluso alerten al posible maltratador y en pocos días el animal haya desaparecido o aparezca muerto?

2. ¿Tiene alguna responsabilidad el **Ayuntamiento o Administración autonómica**, ante el que presentamos por ejemplo una denuncia administrativa, en solicitud de inspección de unas instalaciones que presuntamente carecen de las licencias oportunas, por ejemplo un criadero clandestino o un centro de adiestramiento canino irregular, un núcleo zoológico sin las preceptivas autorizaciones medioambientales, solicitando incluso el decomiso de los animales de forma provisional (por falta de licencias o por albergar a animales en condiciones insalubres) o ante el que presentemos denuncia por un abandono de un animal en una vivienda, y pese a nuestra reiteración en varias ocasiones, al tratarse de un domicilio privado y tener la consideración de denunciante, y no de interesado (Art. 4 Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) en ese procedimiento administrativo, no obtenemos respuesta alguna, no lleven a cabo actuación alguna o la que realicen sea parcial o muy tardía, conllevando a acontecimiento irreparable?

Es necesario dejar bien claro que la vía penal se iniciaría en caso de existencia de un “menoscabo grave para la salud del animal”, o para supuestos graves y la vía administrativa se iniciaría para supuestos menos graves.

A lo largo de este artículo intentaré esclarecer esta cuestión, con independencia de que jurídicamente quepa un análisis más pormenorizado, dada la complejidad del abanico de posibilidades que pudieren abrirse.

## **2. RESPECTO DEL DEBER DE ACTUACIÓN DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD: (ART. 408 CP)**

Teniendo como indiscutible premisa la DOBLE CONDICIÓN que tiene el animal respecto a ser considerado “Víctima” y “Objeto del Delito” y ser el Bien Jurídico protegido el bienestar y la integridad del animal, es obligación de las FFyCCs la protección y adopción de medidas incluso extraordinarias para evitar la continuación del maltrato y la desaparición, que suele ser muy usual, del cuerpo del delito, entendido este como el propio animal.

Para ello es necesario ante, por ejemplo, la denuncia ciudadana o ante una evidencia directa por parte de un agente el activar el correspondiente protocolo de actuación (primeras diligencias de investigación), exactamente igual que se haría con cualquier otro delito de carácter público, el problema con el que nos encontramos a menudo es la inexistencia de estos protocolos y la falta de formación especializada en materia de Derecho Animal del Agente al que acudimos a que nos recoja la denuncia, no obstante, he de adelantar que cada vez hay más formación y concienciación por parte de los mismos, yendo en aumento las brillantes y fructíferas actuaciones llevadas a cabo, no obstante debido a la existencia de estas otras actitudes es necesario informar de los medios que los ciudadanos tenemos a nuestro alcance para “impulsar”, desde nuestra posición, la correspondiente actuación, ante un caso de las características aludidas.

El apoyo normativo en que fundamentar nuestra petición de actuación lo encontramos entre otros preceptos en los siguientes, a cuyo texto nos remitimos:

- En el Art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Art. 333 bis del Código Civil donde reconocen a los animales como “Seres Sintientes”.
- En el Art. 337, 337 Bis y 408 del Código Penal.

- En la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, concretamente en sus artículos: 5.2.c); 5.4; 11.b); 11.g); 11.3; 11.4; 53. e) y g).
- En la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Art. 262; 282; 553; 770; 795 y 796.
- Art. 18 de la Constitución Española.
- En la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de Marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana: Art. 2; 3; 4; 15; 16; 19; 21; 45; 47 y 49.
- En la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común: Art. 18, 20 y 100.
- Normativas Autonómicas de aplicación.
- En las Normativas Municipales de protección animal.

Pero, ¿qué ocurre cuando, a pesar de todo el apoyo normativo existente, la denuncia presentada, la llamada realizada alertando de un supuesto encuadrable en el delito de maltrato animal o el delito de abandono no obtiene respuesta alguna, o la respuesta obtenida es que no se tiene tiempo para ocuparse de estos temas? En estos casos esta inactuación o actuación parcial podría encuadrarse en el tipo previsto en el Art. 408 del CP, que dice así:

*“La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.*

Son de interés resoluciones como:

**AUTO: 149/2020. AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N.3 MÉRIDA, de 15 de Mayo de 2020.**

*“...El artículo 408 del Código Penal incorpora en el tipo objetivo una **conducta omisiva por parte de la autoridad o funcionario público que faltando a los deberes de su cargo se abstiene de promover la persecución de los delitos. Lo que se castiga no es la "...no persecución de un delito ya calificado, sino la abstención en el deber de todo funcionario de dar a la notitia criminis de cualquier delito el tratamiento profesional que exige nuestro sistema procesal"** (sentencia del Tribunal Supremo 198/2012, de 15 de marzo). El Tribunal Supremo indica que, **"el delito se consuma en el instante mismo en que conocen el delito [los funcionarios públicos] y no actúan..."** (sentencias del Tribunal Supremo 1547/98, de 11 de diciembre y 342/2015, de 2 de junio). Es un delito de mera actividad que no requiere resultado concreto posterior a la infracción del deber*

de actuar (sentencia del Alto Tribunal 542/2016, de 20 de junio). Es más, el Tribunal Supremo ni siquiera exige que exista certeza previa de la comisión del delito con todos sus elementos jurídicos, en cuanto que esto es una forma de prevaricación omisiva (sentencia 342/2015, de 2 de junio), ni la efectiva existencia del delito, sino la noticia de su existencia (sentencia 1273/2009, de 12 de diciembre)...

### **SENTENCIA Nº 175/2020 AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA de 11 de marzo de 2020**

“...Inicio mi exposición con Sentencia del Tribunal Supremo 542/2016 de 20 de junio (RJ 2016, 2787) que nos recuerda y condensa la doctrina de la sala Segunda respecto al tipo previsto en el artículo 408 del Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777). Y al respecto señala "en relación al delito de omisión del deber de perseguir delitos el artículo 408 del Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) castiga a la autoridad o funcionario público que faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables. Se trata por tanto de un delito de omisión pura en el que el sujeto activo (autoridad o funcionario público que tenga entre sus atribuciones legales la de promover la persecución del delito y de sus responsables) debe haber conocido, por cualquier vía, la perpetración del delito. Se añade que la porción de injusto que abarca este precepto no puede obtenerse sin la referencia interpretativa que ofrece el vocablo "noticia" que no implica que haya de conocer de forma detallada de todas las circunstancias de la infracción, es decir, no se trata de la no persecución de un delito ya calificado, sino la abstención en el deber de todo funcionario de dar a la notitia criminis de cualquier delito el tratamiento profesional que exige nuestro sistema procesal (STS 342/2015 de 2 de junio (RJ 2015, 3551), y 773/2013 de 22 de octubre (RJ 2014, 1833)). El verbo "promover" que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, lo define en dos de sus acepciones como "impulsar el desarrollo o la realización de algo" o, "tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo", por ello, **incluso la parcial persecución es compatible con la parcial falta de promoción, que no deja ser típica por parcial** (STS de 20 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7870) EDJ 264941). Esto sucederá tanto si la investigación se circunscribe a algunos de los eventuales responsables, con elusión de otros, **como si se demora en el tiempo la efectividad de la persecución**. Por ello, el tipo subjetivo se integra con dos componentes : el conocimiento de la existencia de una acción presuntamente delictiva, sea cual fuera la forma en que esa noticia se recibe y, la intencionalidad como configuración específica del dolo requiere que sea intenso, no bastando un dolo eventual (STS 17/2005 de 3 de febrero (RJ 2005, 665)) y, por tanto el delito se consuma, es decir, el deber de promover la persecución - en los

*funcionario públicos -, tan pronto como tiene noticia de su comisión - artículo 262 de la LEcrim (LEG 1882, 16) -, por lo que **el delito se consume en el instante mismo en que se conocen el delito y, no actúan.** Por tanto, estamos ante un delito de mera actividad, que no requiere un resultado concreto posterior a la infracción del deber de actuar...”*

**SENTENCIA Nº 254 SECCIÓN SEGUNDA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, de 29 de Junio de 2018**

*“...Respecto al delito de omisión del deber de perseguir delitos ,tipificado y penado en el art.408 del C.Penal, la STS 14/7/2016 (RJ 2016, 3560) señala " La reciente STS 542/2016 de 20 de junio (RJ 2016, 2787) condensa la doctrina de esta Sala respecto al tipo previsto en el artículo 408 CP . Y al respecto señala "en relación al delito de omisión del deber de perseguir delitos el artículo 408 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) castiga a la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, y tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 342/2015 de 2 de junio (RJ 2015, 3551) , y 773/2013 de 22 de octubre (RJ 2014, 1833), que **se trata de un delito de omisión pura en el que el sujeto activo** (autoridad o funcionario público que tenga entre sus atribuciones legales la de promover la persecución de los delitos y sus responsables) **debe haber conocido, por cualquier vía, la perpetración del delito.** Se añade que la porción del injusto abarcada por este precepto no puede obtenerse sin la referencia interpretativa que ofrece el vocablo "noticia" para aludir a aquellos delitos que no son intencionadamente objeto de persecución y que se castiga no es -no puede serlo por razones ligadas al concepto mismo de proceso- la no persecución de un delito ya calificado, sino la abstención en el deber de todo funcionario de dar a la notitia criminis de cualquier delito el tratamiento profesional que exige nuestro sistema procesal. Y es que, tratándose de funcionarios públicos afectados por la obligación de promover la persecución de un delito, lo que reciben aquéllos son precisamente noticias de la comisión de un hecho aparentemente delictivo, nunca un hecho subsumido en un juicio de tipicidad definitivamente cerrado (STS. 198/2012 de 15 de marzo (RJ 2012, 4066) ).*

*Por tanto, basta con que el agente tenga indicios de que la actividad que se desarrolla ante él y en la que no interviene, debiendo hacerlo, es indiciariamente delictiva, sin que sea necesaria la certeza de que aquella actividad es un delito con todos sus elementos jurídicos (SSTS 330/2006 de, 10 de marzo (RJ 2006, 2279) , 1273/2009 de 17 diciembre (RJ 2009, 7613)). Por ello, el tipo subjetivo se integra con dos componentes:*

*el conocimiento de la existencia de una acción presuntamente delictiva, sea cual fuera la forma en que esa noticia se recibe, y la intencionalidad como configuración específica del dolo (STS 17/2005 de 3 de febrero (RJ 2005, 6665)). En cuanto a la consumación, el deber de denunciar y promover la persecución de los delitos, surge para los funcionarios policiales, tan pronto como tienen noticia de su comisión, según dispone el art. 262 LECr , por lo que el delito se consuma en el instante mismo en que conocen el delito y no actúen y es entonces cuando se inicia la posible prescripción del delito STS 1547/98 de 11 de diciembre (RJ 1998, 10340). Es, por tanto, un delito de mera inactividad que no requiere un resultado concreto posterior a la infracción del deber de actuar.*

*Por último, en cuanto al bien jurídico protegido se destaca en la doctrina que es el correcto desempeño de la función pública..."*

Podemos concluir que la inacción por parte de las Fuerzas y Cuerpos de la Autoridad, de perseguir un delito de maltrato o abandono animal, previsto en el Art. 337 y 337 bis del CP, es plenamente subsumible en el tipo penal del delito de omisión de perseguir delitos previsto y penado en el Art. 408 del CP, encuadrándose en el mismo tanto la conducta omisiva, consistente en la falta de actuación dolosa, como la actuación parcial o la demora en el tiempo que puede mermar su efectividad.

No obstante, sin duda alguna hemos de reconocer que es admirable la profesionalidad que tienen muchos agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que, pese a la multitud de obstáculos con los que se encuentran en su día a día, luchan con los medios que tienen a su alcance, en la mayoría de las ocasiones escasos, de forma encomiable por combatir esta lacra social que es el maltrato animal, no pudiéndose entender esta inactividad de forma generalizada, pero no obstante la existencia de este tipo de conductas y el desconocimiento de qué hacer o cómo sustentar una posible acción judicial contra la misma, me ha llevado a dar estas breves pinceladas sobre esta realidad.

### **3. RESPECTO A LA OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE CONTESTAR. LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN VÍA DE HECHO Y LA PREVARICACIÓN OMISIVA (ART. 404 CP)**

Tengamos como premisa la obligación de la Administración de dar respuesta a cualquier solicitud/denuncia presentada por un ciudadano. Así, el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, sobre Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), establece la obligación de la Administración de dictar resolución

expresa y de notificarla en todos los procedimientos, sin perjuicio de que en el procedimiento intervenga prescripción, renuncia, caducidad o desistimiento, o bien la desaparición sobrevenida de su objeto, pues cuando concurren estas circunstancias habrá de dictarse dicha resolución en tal sentido. Quedan exceptuados de esta obligación exclusivamente los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, o los relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable o comunicación a la Administración.

Debe añadirse que el apartado 6 del artículo 21 LPAC establece que «El personal al servicio de las Administraciones Públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo», pudiendo dar lugar su incumplimiento a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa aplicable.

Quiere decir con ello que la Administración siempre y en todo caso tiene la obligación de contestar.

Pero, ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que la Administración, siguiendo el ejemplo con el que se ha iniciado este artículo, no hace absolutamente nada de lo solicitado? ¿Podríamos encuadrarlo dentro del Art. 404 del CP? ¿Cabe la conducta omisiva de la Administración ante un supuesto de prevaricación? La respuesta debe ser afirmativa.

Teniendo en cuenta la descripción que hace el Art. 404 del CP con respecto al delito de prevaricación cometido por funcionario público, el mismo queda referido, a priori a “dictado” de una resolución, **no obstante, tanto la jurisprudencia del TS como una cada vez más numerosa corriente doctrinal, admiten lo que se denomina “comisión por omisión” o la denominada la “omisión impropia en la prevaricación”.**

La falta de tramitación de un expediente supone estar ante una posible responsabilidad administrativa por omisión que requiere, no una mera pasividad, sino una inactividad de la Administración, es decir una NO ACTUACIÓN que resulta antijurídica por que previamente existe el deber de actuar al estar competencialmente obligado.

La no incoación de un expediente con dejación del ejercicio de una potestad administrativa puede ocasionar perjuicios, de producción instantánea o continuada, tanto

para el interés público como para los intereses privados. Los intereses efectivamente dañados, estén o no en concurrencia con otros de carácter público, si son individualizables y económicamente evaluables constituyen una fuente de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración.

Hay que tener en cuenta que las potestades administrativas pueden estar sometidas a un plazo perentorio transcurrido el cual decae la posibilidad de ejercitarlas, lo que desde el punto de vista del interés público puede ser aún más grave. Así sucede, por ejemplo, respecto de la potestad sancionadora: la falta de incoación del expediente puede llevar a la prescripción de la infracción o a la caducidad de la acción para perseguirla.

Respecto del daño cabe decir, en primer lugar, que la efectividad del perjuicio tanto puede referirse a su existencia real, cuanto al coste de la actividad que la víctima se haya visto obligada a desarrollar para evitar el perjuicio que se le venía encima, aminorarlo o ponerlo fin (como ejemplo casos en que particulares o asociaciones prestan atención veterinaria a un animal herido o maltratado).

La inactuación por parte de la Administración ante la denuncia administrativa en los casos indicados a modo de ejemplo, interpuesta por una entidad de protección animal, cuya consideración de parte interesada podría ser plenamente encuadrable dentro del marco del Art. 4.2 de la Ley 39/2015 LPAC, abrirá una doble puerta:

A).- **Poder acudir a la vía contencioso administrativa** alegando la inactividad de la Administración en base al Art. 25.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación al Art. 29 del mismo texto legal que establece: *“También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley”*.

Sin embargo, la aplicación del artículo 29 plantea algunos problemas: se excluye de la posibilidad de la aplicación de lo dispuesto en dicho artículo, el supuesto en que exista un margen de actuación o apreciación por la Administración, y ello puede alegarlo la administración ante el caso de una denuncia de maltrato animal. Recordemos que la denuncia realizada por un particular, exclusivamente pone en conocimiento unos hechos ante la Administración, pero la misma es la que puede o no incoar de oficio el procedimiento sancionador.

Deberemos tener en cuenta que la inactividad de la Administración puede ser impugnada ante los Juzgados y Tribunales contencioso administrativos según el artículo 29 de la Ley

29/1998, en el caso de denuncias realizadas ante la Administración, pero la demanda ante el Juzgado en ocasiones no será admitida por entender que ante unos hechos la Administración tiene un margen de actuación si entiende que no debe iniciar el procedimiento sancionador.

Por ello, ante la pasividad hay que insistir -siempre de forma escrita y por vía de presentación ante el correspondiente registro de entrada administrativo que corresponda- en la denuncia de la situación de infracción y hacer expresa mención a las responsabilidades y consecuencias que pudieran darse a los funcionarios públicos por el incumplimiento de las obligaciones que la Ley les impone.

Y entonces, ante la inactividad persistente de las autoridades y empleados públicos debe ser siempre denunciada ante la propia Administración, y ello podrá conllevar las responsabilidades de carácter disciplinario, patrimonial o incluso penal de dichos funcionarios.

Aunque en ocasiones resulte difícil, como hemos visto, la vía del artículo 29 de la Ley 29/1998 ante los juzgados contencioso-administrativos, puede plantearse su uso, siempre que se aporten todas las pruebas posibles (fotografías, videos, testigos, etc) y que se acredite suficientemente haber reiterado ante la Administración la situación existente.

Pese a la mayor concienciación en los Tribunales ante el tema de la protección animal, aun a día de hoy, muchos Juzgados tienden a no dar relevancia a estas cuestiones, por ello, no aconsejo nunca acudir por asuntos menores (tanto a la vía contenciosa como a la vía penal).

**B).- Poder acudir a la vía penal, en cuyo estudio nos centraremos:** Esta responsabilidad penal viene contemplada en:

- El Art. 37 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público: *“La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”*, y también en el mismo sentido en el Art. 78.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local cuyo tenor literal dice: *“Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable”*.

- El Art. 404 del 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...”

De especial relevancia es la **Sentencia 164/2017, de 19 de Junio de 2017 del Juzgado de lo Penal Nº 2 de Bilbao.**

*"El artículo 404 del Código Penal castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Con la regulación y aplicación del delito de prevaricación no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal, sino sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Ello implica, sin duda, su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado la resolución 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 -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, 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 (SSTS. Sala 3ª de 20 de noviembre de 2009 y 9 de marzo de 2010).*

*Para apreciar la comisión de un delito de prevaricación, en definitiva, será necesario: En primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que 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; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. (STS núm. 228/2013, de 22 de marzo).*

***La doctrina de esta Sala ha admitido la posibilidad de cometer el delito de prevaricación por omisión en aquellos casos especiales en que era imperativo para el funcionario dictar una resolución (Alcalde que no convoca un Pleno para resolver una moción de censura, STS de 9 de junio de 1998, Alcalde que por enemistad con un vecino se niega a darle un certificado de empadronamiento, STS núm. 190/1999, de 12 de febrero, STS núm. 965/1999, de 14 de junio, STS núm. 426/2000 de 18 de marzo, STS 647/2002, de 16 de abril, STS 1382/2002, de 17 de julio, Alcalde que se niega a convocar una comisión de investigación en el Ayuntamiento y a facilitar datos a un Concejal, STS 787/2013, de 23 de octubre, STS 771/2015, de 2 de diciembre, etc.).***

***Considerada la prevaricación como delito de infracción de un deber, este queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y por tanto en arbitrariedad. Es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras la cual sea legalmente preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos (ver STS 771/2015 , de 2 de diciembre )”.***

Respecto a los requisitos que debe reunir una actuación para que pudiese entrar dentro del tipo penal, traemos a colación la Sentencia 244/2021 AP Sección Nº. 1 A Coruña que recoge:

*“Repite la STS 258/2019, de 22 de mayo, que para la comisión del delito recogido en el artículo 404 del Código Penal es necesario que la autoridad o funcionario público realice un acto que suponga una absoluta incompatibilidad con el ordenamiento jurídico y con los principios que lo inspiran. En este sentido la sentencia de esta Tribunal núm. 723/2009, de 1 de julio de 2009 establece que no toda resolución administrativa ilegal es arbitraria por el mero hecho de resultar contraria a las disposiciones del ordenamiento jurídico. De esta forma, es necesario que la actuación sea manifiestamente arbitraria, esto es, carente de justificación alguna mediante interpretaciones que tengan cabida en el ordenamiento jurídico.*

*Conforme reiteradamente viene señalando esta Sala, para que pueda apreciarse prevaricación administrativa, no basta la mera ilegalidad a este respecto. No existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es solo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esta resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria. También es reiterada la doctrina sobre lo que debe entenderse por el contenido de la injusticia o arbitrariedad, que puede provenir tanto en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto (sentencia núm. 723/2009, de 1 de julio)”.*

*Son requisitos para afirmar la existencia del delito (en este sentido STS 411/2013, de 6 de mayo): en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que la resolución dictada sea contraria al derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que 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; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.*

*Con referencia a la prevaricación omisiva hemos de citar la STS 244/2015, de 22 de abril, "Esta cuestión ha sido abordada varias veces por la jurisprudencia de esta Sala sobre todo a partir del Pleno no Jurisdiccional de 30 de Junio de 1997, que resolviendo*

*discrepancias existentes al respecto, así lo entendió, se pronunció en el sentido de que la prevaricación recogida en el art. 404 C Penal puede ser cometida por omisión.*

*Otras sentencias han confirmado esta modalidad de la prevaricación administrativa, y así: a) La STS de 5 de Enero de 2001 declara que la decisión de no actuar supone una infracción de un deber activo, que constituye prevaricación por omisión. b) La STS 1093/2006 condenó como prevaricación por omisión la no convocatoria del Pleno Municipal que reiteradamente se le había solicitado. c) La STS 731/2012 que estima en lo referente al dictado de resolución prevaricadora, la omisión de resolución cuando existe la obligación de actuar por lo que la omisión de la misma viene a equivaler a una resolución presunta. d) La STS 787/2013 de 23 de Octubre reconoce que esta Sala ha admitido la prevaricación omisiva en aquellos casos concretos en los que era imperativo para el funcionario o autoridad concernida adoptar una resolución ya que su omisión equivale a una denegación". En todo caso, el Alto Tribunal (por todas, SS TS 82/2017, de 13 de febrero y 575/2017, de 19 de julio) ha señalado que "considerada la prevaricación como un delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y por tanto en arbitrariedad. En concreto, la posibilidad de la prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras la cual sea legalmente preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna forma un reconocimiento o denegación de derechos".*

*Sin olvidar, conforme a doctrina reiterada de la Sala Segunda, puede citarse la STS 294/2019, de 3 de junio, (con cita de la precedente STS 654/2018, de 14 de diciembre) que "el delito de prevaricación solo puede cometerse dolosamente. Ni siquiera resultaría suficiente un dolo eventual. "A sabiendas" reza el art. 404 enfatizando esa idea". De conformidad con lo expresado, la STS núm. 766/1999, de 18 mayo, puntualiza que con el uso de la locución a sabiendas, expresión del elemento subjetivo, "se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal, cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de*

*tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración".*

#### **4. CONCLUSIÓN**

Pese a toparnos contra un sistema administrativo y judicial, en muchísimas ocasiones, inoperante y cómplice del maltrato animal, tanto en su forma activa como omisiva, he intentado esquematizar con la mayor claridad posible las herramientas que tenemos a nuestro alcance para, desde nuestra situación, intentar impulsar el único engranaje que tenemos en nuestro estado de derecho utilizando los medios normativos y los agentes que deben implicarse en la protección animal. Nuestra pasividad y la falta de denuncia nos hace cómplices de la situación por la que miles de millones de seres sintientes están viviendo en nuestro planeta, por eso, siempre animo a la acción y a dar un paso adelante y denunciar cualquier situación respecto de la que tengamos conocimiento.

**Dulcenombre Aguilera Aguilera, Abogada.**  
Equipo Técnico INTERCIDS  
*equipotecnico@intercids.org*

Las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad del autor o autora y pueden no coincidir con las de INTERCIDS o sus miembros.

©2022 INTERCIDS, Operadores Jurídicos por los Animales/BIDA. Todos los derechos reservados