



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; María José Bravo Bosch, University of Vigo; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gután, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; Orazio Licandro, University of Catania; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellart, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Brian Buchhalter Montero, “La contribución de la jurisprudencia a la formación de los delitos de usurpación de atribuciones y nombramiento ilegal (1870-2024)”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 21 (2024), pp. 355-373 (available at <http://www.glossae.eu>)

La contribución de la jurisprudencia a la formación de los delitos de usurpación de atribuciones y nombramiento ilegal (1870-2024)

The contribution of case law to the making of the offences of misappropriation of powers and unlawful appointment (1870-2024)

Brian Buchhalter Montero
Universidad Complutense de Madrid

ORCID ID: 0000-0001-7662-4424

Recibido: 02.02.2024
Aceptado: 17.04.2024

Resumen

Desde los primeros textos de la codificación se castigan diversas modalidades de usurpación (patrimoniales y no patrimoniales). Entre las últimas, destacan las de funciones y atribuciones, que en ocasiones son confundidas. Las primeras son cometidas por particulares. Las segundas, por agentes del Estado que, excediéndose en el ejercicio de sus competencias, invaden el ámbito de poder de otros sujetos públicos. La jurisprudencia no se ha ocupado con especial prolijidad de ninguna modalidad de ellas, a pesar de la cadencia con que aparecen supuestos de tal clase (especialmente de autoridades administrativas que se arrogan atribuciones jurisdiccionales). Desde el CP de 1822 hasta el de 1995 han permanecido, prácticamente inalteradas, las mismas letras en los textos penales. Esta relativa estabilidad y su escasa presencia en la *praxis* casacional (a la que no siempre han podido acceder todos los delitos) explica, en parte, la escasa aportación jurisprudencial y doctrinal a la formación de estos delitos (lo que no impide reconocer ciertas contribuciones). En definitiva, al contrario de lo que sucede con otras clases de delitos (como por ejemplo los sexuales), la jurisprudencia no ha contribuido decisivamente al desarrollo de los delitos de usurpación de atribuciones y de nombramiento ilegal.

Palabras clave

Derecho penal, Historia del Derecho, jurisprudencia, usurpación de atribuciones, nombramiento ilegal

Abstract

Since the first texts of the codification, various types of usurpation (patrimonial and non-patrimonial) have been punished. Among the latter, those of functions and attributions stand out, which are sometimes confused. The former are committed by private individuals. The latter are committed by agents of the State who, exceeding the exercise of their powers, invade the sphere of power of other public subjects. Jurisprudence has not dealt with any particular form of them with particular care, despite the frequency with which cases of this type appear (especially those of administrative authorities who arrogate jurisdictional powers to themselves). From CP 1822 to 1995, the same letters have remained practically unchanged in the penal texts. This relative stability and their scarce presence in court practice (to which not all offences have always had access) explains, in part, the scarce jurisprudential and doctrinal contribution to the formation of these offences (which does not prevent recognising certain contributions). In short, contrary to what happens with other types of offences (such as sexual offences), case law has not contributed decisively to the development of the offences of usurpation of powers and illegal appointment.

Keywords

Criminal law, legal history, case law, misappropriation of powers, unlawful appointment

Sumario: 1. Introducción: deslinde de figuras análogas, especial consideración de la usurpación de funciones; 1.1. Usurpación de funciones; 1.2. Evolución jurisprudencial;

1. 2.1 En cuanto al bien jurídico protegido; 1. 2.2. En cuanto a los elementos del delito; 2. Distintos tipos de usurpación de atribuciones; 2.1. Usurpación de atribuciones legislativas por un funcionario; 2.2. Usurpación de atribuciones administrativas por un Juez; 2.3. Heterogéneas usurpaciones de atribuciones judiciales por un funcionario; 2.3.1 Arrogarse atribuciones judiciales o impedir la ejecución de una providencia o decisión; 2.3.2 Continuar procediendo antes que se decida la contienda jurisdiccional; 2.3.3 Dirigir órdenes o intimaciones a la autoridad judicial relativas a causas cuyo conocimiento o resolución sea exclusiva competencia judicial; 2.4. Los eclesiásticos y los conflictos de jurisdicción; 3. Nombramiento ilegal; 4. A modo de conclusión.

1. Introducción: deslinde de figuras análogas, especial consideración de la usurpación de funciones

Son frecuentes las confusiones entre las distintas modalidades de usurpación (especialmente las que atañen a *funciones* o *atribuciones* públicas, incluso en la jurisprudencia histórica¹ y actual²). Usurpaciones —distintas de la anticipación y prolongación indebida de funciones³— las hay de varias clases: patrimoniales (como lo son las de derechos reales)⁴ y no patrimoniales.

Entre las patrimoniales las hay, igualmente, de distinto tipo: usurpaciones del estado civil⁵, del nombre⁶, del uso de trajes e insignias⁷, de títulos de nobleza⁸, o de la

¹ Por ejemplo, la STS 390/1889, 04/05 (Ponente: Antonio Garijo Lara) confirma el castigo de un particular por un delito de usurpación de «atribuciones» (fingirse agente de la autoridad) cuando, en realidad, la conducta era la de usurpación de *funciones*. Confusión hay también en: STS 103/1981, 15/10 (Ponente: Emilio Bravo); STS 41/1910, 30/09 (Ponente: Juan de Dios Roldán); STS 435/1948, 19/11 (Ponente: Napoleón Ruiz Falcó); o en STS 119/1950, 9/03 (Ponente: Francisco González Navarro).

² Así: ATSJ Granada (Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1.ª) 86/2010, 3/12 (Ponente: Miguel Pasquau Liaño).

³ Cfr. arts. 384 y ss. CP 1870. En la jurisprudencia histórica, los supuestos más habituales de prolongación de funciones públicas (art. 385 CP) derivaban del art. 190.III de la Ley Municipal, de 2 de octubre de 1877, que regulaba la responsabilidad de quienes reemplazaban en el cargo a los Regidores que hubieran sido suspendidos gubernativamente. La norma preveía: «Los que se hubiesen reemplazado serán considerados como culpables de usurpación si ocho días después de espirado aquel plazo [50 días, del art. 190.I de la Ley], y de requeridos para cesar por los Concejales propietarios, continuaran desempeñando funciones municipales. La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse largo y tendido sobre tal supuesto: STS 238/1885, 18/03 (Ponente: José García Herraiz); STS 111/1886, 05/02 (Ponente: José de Aldecoa); STS [ileg.]/1886, 1/10 (Ponente: José María Manresa); STS 172/1886, 15/11 (Ponente: Diego Montero de Espinosa); STS 239/1886, 6/12 (Ponente: José de Aldecoa); STS 277/1886, 20/12 (Ponente: Ángel Gallifa); STS 37/1887, 11/07 (Ponente: Antonio Garijo Lara); STS 250/1887, 18/11 (Ponente: Antonio Garijo Lara); STS 177/1888, 28/02 (Ponente: Mateo de Alcocer); STS 241/1888, 22/03 (Ponente: Federico Enjuto); STS 345/1888, 22/12 (Ponente: Federico Enjuto); STS 335/1889, 12/12 (Ponente: Luis Lamas); STS [ileg.]/1891, 04/04 (Ponente: Luis Lamas); o STS [ileg.]/1894, 23/05 (Ponente: Mateo de Alcocer).

⁴ Arts. 534 CP 1870, 707 CP 1928, 509 CP 1932, 517 CP 1944 - 1973 y 245 CP 1995.

⁵ Arts. 483 y ss. CP 1870, 641 y ss. CP 1928, 462 y ss. CP 1932, 468 y ss. CP 1944 - 1973 y 401 CP 1995.

⁶ Arts. 346 CP 1870; 410 CP 1928; 328 CP 1932; y 322 CP 1944 - 1973.

⁷ Arts. 438 CP 1870; 412 CP 1928; 330 CP 1932; 324 CP 1944 - 1973; y 402 bis CP 1995.

⁸ Arts. 345 CP 1870; y 409 1928. El CP 1932, evidentemente, dejó de castigar la utilización indebida de títulos de nobleza, pues fueron abolidos. Tampoco retomaron ese castigo ni el CP 1944-1973 ni el CP 1995. Ha cristalizado la opinión de Gómez de la Serna y Montalbán, que mantenían a ese respecto: «[...] los que se atribuyen títulos de nobleza que no les pertenecen, ejecutan un acto de vanidad pueril, que no les merece más pena que el ridículo, puesto que no lastima los intereses públicos ni particulares» (Gómez de la Serna, P. y Montalbán, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal de España precedidos de una*

profesión (intrusismo laboral)⁹ que comete quien se finge médico¹⁰, ayudante sanitario¹¹, agente de la propiedad inmobiliaria¹² o ingeniero¹³.

1.1. Usurpación de funciones

De entre toda esa maraña de usurpaciones (y dejando de lado la figura similar de la anticipación de funciones, de la que se ocupa otro trabajo en el mismo número de esta *Revista*), interesan ahora solo las de *atribuciones*, que especialmente se confunden con las usurpaciones de funciones (civiles y religiosas¹⁴). En contraste, las usurpaciones de funciones (o de nombres, de trajes etc.) no son delitos especiales, es decir, su sujeto activo no se singulariza por ninguna condición en particular. Especial es la *usurpación de atribuciones*, que solo puede ser cometida por un agente del Estado¹⁵. La habitual confusión entre ambas dos exige, sin embargo, un deslinde más detallado¹⁶. Su examen es conjunto es, además, aconsejable. En algunos supuestos, la usurpación de funciones (del particular que se finge Policía, por ejemplo) supone también una lesión de un interés directo del Estado. Esta hermandad, no solo semántica (ambas son *usurpaciones*), impone su tratamiento aquí.

Ya el CP 1822 castigaba a quienes usurparan y se arrogaran «jurisdicción o autoridad pública que no tengan» o «cualquiera otra función pública» (art. 332). También preveían reproche penal el CP 1848 (art. 244) y el CP 1850 para quien se fingiera «(a)utoridad, empleado público o profesor de una facultad que requiera título, y ejerciere actos propios de dicha profesión o cargos». El devenir de los años no modificó esa tendencia y se siguieron castigando desde el CP 1870 hasta el CP 1995, entre las falsedades, las mismas conductas. El CP 1870 reservó castigo para quien «sin título o causa legítima ejerciere actos propios de una Autoridad o funcionario público, atribuyéndose carácter oficial» (art. 342). Por su parte, el CP 1928 amplió la redacción e incorporó en el correlativo art. 407.I, el castigo de quienes ejercieren actos propios «de una Autoridad, agente, funcionario o empleado civil, militar o eclesiástico, atribuyéndose carácter oficial». De otro lado, el CP 1932 volvió al texto del CP 1870 para castigar al «que sin título o causa legítima ejerciere actos propios de una Autoridad o funcionario público, atribuyéndose carácter oficial». Esta redacción ha sido mantenida literalmente por el art. 320.I CP 1944-1973 y por el art. 402 CP 1995.

reseña histórica de la legislación española, 11.ª ed., Tomo III, Madrid, Imp. de G. Alhambra, 1874, p. 317).

⁹ Arts. 343 CP 1870; 408 CP 1928; 326 CP 1932; 321 CP 1944 - 1973; y 403 CP 1995.

¹⁰ STS 764/1953, 19/12 (Ponente: Federico Parera Albello); o STS 154/1980, 12/02 (Ponente: Manuel García Miguel).

¹¹ STS 461/1980, 22/04 (Ponente: José Hijas Palacios).

¹² STS 510/1980, 5/05 (Ponente: José Hermenegildo Moyna Ménguez).

¹³ STS 1428/1981, 2/12 (Ponente: Juan Latour Brotons).

¹⁴ Arts. 344 CP 1870; 407.I CP 1928; 327 CP 1932; y 320.II CP 1944 - 1973

¹⁵ *Cfr.* STS 137/1901, 22/11 (Ponente: Rafael de Solís Liébana): «(c)onforme con la letra y espíritu de la referida disposición, sólo cuando se suscita entre Autoridades y funcionarios públicos que ejerzan jurisdicción, puede tener lugar la comisión de este delito [...]».

¹⁶ Al margen de comentarios al CP y de manuales, sobre la usurpación de funciones, *cfr.* Silva Forné, D., «Usurpación de funciones: la conducta típica en la usurpación de funciones», *Revista de derecho penal*, Núm. 18, 2009, pp. 415 y ss.; Huerta y Álvarez, A., «Delito de usurpación de funciones», *Actualidad jurídica Aranzadi* 40 (1992), p. 7; Martí Cruchaga, V. M., «Los delitos de usurpación de funciones públicas y de atribuciones», en Muñoz Cuesta, J. *et al.* (coord), *Tratado de responsabilidades penales en la administración local*, Madrid, COSITAL, 2015, pp. 203-233.

Así, el delito de usurpación de funciones ha venido siendo castigado, desde el CP 1822 hasta hoy, bajo prácticamente el mismo tenor literal y siempre entre las falsedades. Su *ratio essendi*, desde antiguo, ha estribado en «constituir una simulación de autoridad, una suplantación de la misma»¹⁷. Y de lo que se ha tratado, castigando esa suplantación, es de reprochar una conducta indeseable a quienes, «atraídos por los privilegios, prerrogativas y condición social eminente de quienes desempeñan funciones públicas, tratan de atribuírselas realizando actos que sólo incumben y competen a aquéllos»¹⁸.

1.2. Evolución jurisprudencial

El prácticamente inmutable tenor literal no ha impedido, sin embargo, algún avance jurisprudencial (que, debe decirse, es tímido si se compara con otros delitos como los sexuales)¹⁹. La gran mayoría de los supuestos a que se ha enfrentado la *praxis* consistía en un sujeto particular que finge ser agente de la Autoridad, bien para cometer una defraudación patrimonial²⁰ o para cometer algún delito de naturaleza sexual²¹. Los supuestos más típicos son aquellos que en que se simula ser agentes de Policía o Guardia

¹⁷ STS 615/1979, 18/05 (Ponente: Fernando Díaz Palos).

¹⁸ STS 1763/1974, 16/12 (Ponente: Luis Vivas Marzal).

¹⁹ Cfr. la obra colectiva: Masferrer, A., *Los delitos contra la honestidad en España (1870 - 1978)* – *Contribución de la jurisprudencia a su configuración jurídica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

²⁰ STS 185/1880, 14/05 (Ponente: Pedro Sánchez Mora); STS [ileg.]/1893, 09/05 (Ponente: Luis Lamas); STS [ileg.]/1905, 30/01 (Ponente: José Ciudad Aurióles); STS [ileg.]/1906, 22/12 (Ponente: Manuel Fernández Loaysa); STS 41/1910, 30/09 (Ponente: Juan de Dios Roldán) o, más moderna, STS 22/1973, 12/01 (Ponente: Francisco Casas y Ruíz del Árbol).

²¹ STS 5/1945, 03/03 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arízala): «(e)s indudable que el condenado vulneró la verdad oficial al fingirse Policía, la libertad personal al hacer a una joven que le siguiese y la libertad sexual al tener trato carnal con ella aterrorizándola y diciéndole que la denunciaría en el ejercicio de aquél fingido cargo por lo que dicho condenado usurpó función de Policía en la detención y la anunciada denuncia, y violentó a la perjudicada, aunque ésta lleve vida licenciosa al atemorizarla para que realizase lo que evidentemente no quería, pues para qué lo tolerara necesitaría tal intimidación»; STS 864/1956, 17/11 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arízala); o STS 1232/1976, 05/11 (Ponente: Bernardo Francisco Castro Pérez).

Civil²², de la Hacienda pública²³ o de la Seguridad Social²⁴, aunque existen también supuestos de quienes fingen ser autoridad judicial²⁵ (o un funcionario de aquella)²⁶ o autoridad electoral²⁷.

1.2.1. En cuanto al bien jurídico protegido

Escasas resoluciones se han ocupado particularmente de desentrañar el bien jurídico que pretende tutelar el castigo de la usurpación de funciones públicas. En un inicio, la jurisprudencia tuvo claro que esta modalidad de falsedad suponía un daño para la causa pública²⁸. Y, efectivamente, la STS 239/1934, de 23 de octubre (ponente Enrique Robles Nisarre), afirmaba la consumación del delito, aunque no hubiera devenido daño material alguno (apartándose de anteriores resoluciones)²⁹, «bastando con el daño moral que resulta para la causa pública del hecho de que se ejerzan actos de autoridad sin título legítimo para ello»³⁰. Se producía, de tal manera, una identificación casi total del bien jurídico protegido con la causa pública, con el interés público en tutelar la *verdadera aparición* del Estado como tal.

El devenir de los años condujo, sin embargo, a reconocer que el bien jurídico protegido no es únicamente la posición del Estado, que se ve lesionada cuando un inhabilitado actúa en su nombre, sino también el estatuto del ciudadano. Así, en la STS 1219/1977, de 12 de diciembre (ponente Manuel García Miguel) se puede leer:

²² STS 337/1886, 16/04 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez); STS 92/1886, 11/10 (Ponente: Diego Montero de Espinosa); STS 214/1887, 17/03 (Ponente: Mateo de Alcocer); STS 29/1888, 06/07 (Ponente: Antonio Garijo Lara); STS [ileg.]/1893, 23/04 (Ponente: Victoriano Hernández); STS [ileg.]/1904, 08/04 (Ponente: Álvaro Landeira); STS 18/1918, 19/01 (Ponente: Andrés Tornos y Alonso); STS 23/1928, 10/07 (Ponente: Enrique Robles Nisarre); STS 93/1928, 16/11 (Ponente: Félix Ruiz Cara); STS 15/1945, 18/05 (Ponente: Napoleón Ruiz Falcó); STS 487/1948, 20/12 (Ponente: Francisco de la Rosa de la Vega); STS 318/1949, 10/10 (Ponente: Francisco de la Rosa de la Vega); STS 514/1954, 03/06 (Ponente: Juan García Murga y Mateos); STS 931/1954, 09/12 (Ponente: Federico Parera Albello); STS 864/1956, 17/11 (Ponente: Federico Castejón y Martínez de Arízala); STS 2/1960, 04/01 (Ponente: Alejandro García Gómez); STS 107/1960, 04/02 (Ponente: Antonio Quintano Ripollés); STS 725/1963, 02/05 (Ponente: Ángel Díez de la Lastra); STS 1180/1963, 17/10 (Ponente: Antonio Quintano Ripollés); STS 740/1964, 20/04 (Ponente: José María González Díaz); STS 315/1976, 03/03 (Ponente: Manuel García Miguel); STS 1219/1977, 12/12 (Ponente: Manuel García Miguel); STS 838/1969, 25/04 (Ponente: Fidel de Oro Pulido); STS 441/1979, 9/04 (Ponente: Bernardo Francisco Castro Pérez); o STS 1817/1985, 12/12 (Ponente: Fernando Cotta Márquez de Prado).

²³ STS [ileg.]/1893, 09/05 (Ponente: Luis Lamas); STS 394/1907, 28/06 (Ponente: Luis González Valdés); STS 239/1934, 23/10 (Ponente: Enrique Robles Nisarre); STS 378/1949, 23/11 (Ponente: José María Castelló y Madrid); STS 569/1951, 05/12 (Ponente: Francisco Díaz Pla); STS 444/1952, 09/07 (Ponente: Eugenio de Eizaguirre Pozzi); STS 367/1957, 09/04 (Ponente: Eugenio de Eizaguirre Pozzi); o STS 366/1962, 27/03 (Ponente: José María González Díaz).

²⁴ STS 1412/1988, 6/06 (Ponente: Gregorio García Ancos).

²⁵ STS 44/1890, 22/01 (Ponente: José de Aldecoa).

²⁶ STS 754/1954, 16/12 (Ponente: Federico Parera Albello).

²⁷ STS 266/1888, 03/03 (Ponente: Rafael Álvarez Martínez).

²⁸ STS 23/1928, 10/07 (Ponente: Enrique Robles Nisarre); o STS 838/1969, 25/04 (Ponente: Fidel de Oro Pulido).

²⁹ No se producía lesión del bien jurídico cuando la suposición como agente de la autoridad se daba solo una vez (y estando bajo los efectos del alcohol): STS 214/1887, 17/03 (Ponente: Mateo de Alcocer).

³⁰ Se trata, pues, de una «actividad meramente formal»: STS 615/1979, 18/05 (Ponente: Fernando Díaz Palos).

«[...] la figura tiende a mantener el respeto de las instituciones públicas preservándolas de extrañas intromisiones y a garantizar el derecho del ciudadano frente a los usurpadores, de donde resulta que no es menester que los actos de que se trate sean propios del cargo que el agente hubiese aparentado o fingido ostentar, sino que basta con que se trate de actos propios de una autoridad o funcionario público, pues el bien jurídico protegido se lesiona igualmente en su doble aspecto de la función pública como del interés de los particulares, tanto si los actos realizados son propios del referido cargo como si lo son de otra autoridad o funcionario».

En la jurisprudencia moderna se advierte, sin embargo, una cierta regresión a la colectivización del bien jurídico: el delito de usurpación de funciones tiende a la protección «de un bien de interés colectivo, cual es la confianza en el funcionamiento y en la actuación de los representantes y servidores públicos»³¹; y, efectivamente, para la STS 2523/1988, 20/10 (ponente Luis Román Puerta Luis), el bien jurídico protegido «no es otro que la defensa de la autenticidad y la verdad en el contexto de la función pública, con el fin de procurar evitar su usurpación por parte de quienes no están facultados para participar en ella» (FJ 1). La línea evolutiva no es, por tanto, clara.

1.2.2. En cuanto a los elementos del delito

Respecto de los elementos del delito también es posible advertir un cierto progreso. En un inicio, fuertemente cercana al tenor de la norma, la jurisprudencia vino entendiendo que el delito de usurpación de funciones públicas se componía por dos elementos mayormente objetivos: la atribución (falsa) de carácter oficial y el ejercicio de actos propios de la autoridad o funcionario.³² Se trataba, por tanto, de «la ostentación engañosa del carácter oficial propio de determinada autoridad o funcionario público y la realización de determinados actos bajo esa falsa investidura que los reviste de la apariencia de auténticos y legítimos»³³, lo que explicaba que no fuera necesario utilizar ningún signo especial (una placa o una medalla) que diera «apariencia de autoridad o agente de la misma»³⁴. Bastaba la mera atribución (convinciente y lesiva)³⁵ de la condición oficial. En todo caso, los avances en la dogmática jurídica se fueron haciendo presentes en la jurisprudencia, que cada vez con mayor precisión diseccionaba los elementos del delito. Este venía compuesto:

«[...] primero, ejercicio de los actos propios de una autoridad o funcionario público, es decir, actos que sólo se pueden realizar por esas personas y no por particulares; segundo, atribución de carácter oficial, esto es, que el agente se presente como autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones; tercero, ausencia de

³¹ STS 590/2016, 05/07, (Ponente: Pablo Llarena Conde), FJ 8. En sentido similar, aunque *ligando* el bien jurídico protegido a la «integridad y legitimidad en el ejercicio de las funciones públicas»: ATS 795/2018, 10/05 (Ponente: Antonio del Moral García), FJ 3.

³² STS 487/1948, 20/12 (Ponente: Francisco de la Rosa de la Vega). Reiteran los dos elementos: STS 318/1949, 10/10 (Ponente: Francisco de la Rosa de la Vega); STS 378/1949, 23/11 (Ponente: José María Castelló y Madrid); STS 1180/1963, 17/10 (Ponente: Antonio Quintano Ripollés); o STS 838/1969, 25/04 (Ponente: Fidel de Oro Pulido)

³³ STS 2/1953, 02/01 (Ponente: Elpidio Lozano Escalona).

³⁴ STS 196/1933, 21/06 (Ponente: Mariano Granados Aguirre); o STS 1180/1963, 17/10 (Ponente: Antonio Quintano Ripollés).

³⁵ STS 278/1888, 30/11 (Ponente: Federico Enjuto). La usurpación debe tener una cierta entidad lesiva y no la hay cuando, en ausencia del Alcalde, un Concejal ordena que el Secretario del Ayuntamiento sea examinado por un facultativo para comprobar si su inasistencia a las sesiones de la Corporación local, basada en problemas médicos, era real o no.

título o causa que legitimen los actos realizados, y cuarto, intención delictuosa [...]»³⁶.

2. Distintos tipos de usurpación de atribuciones

Aclarado lo anterior, pueden ahora abordarse las conductas que se pretendían castigar bajo la rúbrica «usurpación de atribuciones», ya viejas conocidas de la codificación penal española. El CP 1822 castigaba en el art. 505 a los funcionarios públicos o agentes del Gobierno «que a sabiendas exceda[n] de las atribuciones de su empleo, cargo u oficio público, o ejerza[n] otras de las que no le correspondan». El CP 1848 tomó el testigo y también castigó, en los arts. 298 y ss., las usurpaciones de atribuciones. Por su parte, el CP 1850 siguió la estela del anterior y determinó castigo para tales conductas: el art. 307 castigaba al «empleado público que dictare reglamentos o disposiciones generales, excediéndose de sus atribuciones»; el art. 308 al «Juez que se arrogare atribuciones propias de las Autoridades administrativas o impidiera a estas el ejercicio legítimo de las suyas»; y a todo «empleado del orden administrativo que se arrogare atribuciones judiciales, o impidiera la ejecución de una providencia o decisión dictada por Juez competente». Igualmente, el art. 309 CP 1850 castigaba al empleado público que legalmente requerido de inhibición continuare procediendo antes que se decida la contienda». El castigo de todas esas conductas sigue vivo en las normas del CP 1870 y posteriores como se verá. Y, efectivamente, también el CP 1995 reprocha conductas de tal clase, reconocidos como «Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes» (Cap. III) entre los «Delitos contra la Constitución» (Tít. XXI del Libro II CP).

Todos estos delitos han sido objeto de escasa atención, tanto doctrinal como jurisprudencial: los comentaristas de la época no dedicaron, en general, a tales delitos más que algunas explicaciones superficiales. Por ejemplo, Lamas Varela había mantenido en su *Novísimo manual* que el castigo de esas conductas pretendía proteger «la base del organismo constitucional», que consiste en la «independencia de los poderes públicos». Por eso, «(l)a Ley determina la esfera de acción y las atribuciones de cada cual, y castiga a los funcionarios dependientes de ellos por la usurpación que hagan de las atribuciones de los demás»³⁷. Viada y Vilaseca sostuvo que «cuando un poder usurpa, extralimitándose, las atribuciones propias de otro, prodúcese, como es consiguiente, un choque, un conflicto, que no puede menos de redundar en perjuicio del bien público, desatendido y alarmado a la vez por esa lucha»³⁸. Tampoco empeñaron excesivo esfuerzo otros como Gómez de la Serna y Montalbán, que justificaron la existencia del delito del siguiente modo:

«El que está puesto a la resolución de negocios particulares no debe dictar reglas generales: abuso común entre nosotros, que en medio de nuestras convulsiones políticas hemos visto a los jueces dirigir la palabra a los pueblos, y a muchos

³⁶ STS 1763/1974, 16/12 (Ponente: Luis Vivas Marzal).

³⁷ Lamas Varela, L., «Brevisima reseña de la historia del Derecho penal», *Novísimo manual de Derecho comprensivo de todas las reformas de que ha sido objeto nuestra legislación hasta el presente*, 3.ª ed., Madrid, Imp. de E. Vicente, 1878, p. 92.

³⁸ Viada y Vilaseca, S., *Código penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876*, 3.ª ed., Madrid, Imprenta de Manuel G. Hernández, 1885, p. 470.

funcionarios prescribir por regla general disposiciones para que eran incompetentes»³⁹.

En la jurisprudencia, la situación tampoco es prometedora. Hay que esperar hasta 1978 para poder trazar alguna resolución que exceda afirmaciones formularias y analice, aunque sea brevemente, la esencia del delito (de usurpación de atribuciones legislativas, en este caso):

«[...] se pone de relieve que el bien que se protege jurídicamente es el de la independencia, integridad y exclusividad de la jurisdicción y de la función legislativa, y que se caracteriza: a) porque el sujeto activo del delito tiene que ser funcionario público; b) por una acción o conducta central y genérica consistente en una invasión de atribuciones legislativas, expresión que implica que la usurpación que se realice ha de ser abierta y clara y no de carácter dubitativo, en cuanto que el significado del verbo invadir es equivalente a entrar con fuerza, intensidad o vigor, y c) de tres actividades o acciones específicas que, aunque pueden actuar conjuntamente, es suficiente que aparezcan o se den en forma alternativa, que son: la de dictar reglamentos o normas generales, supuesto que comprende tanto darlas, como otorgarlas, como inspirarlas; derogar la Ley o, lo que es igual, dejar sin efecto su aplicación, en cuanto, que el derogamiento de la norma es la anulación o supresión de la misma, y la de suspensión de la ejecución de la Ley, como equivalente a una derogación temporal, ya que la suspensión, en correcta interpretación jurídica, no puede tener otro alcance que el de detener o interrumpir la propia Ley»⁴⁰.

Más allá de esa referencia, la contribución de la jurisprudencia a esta clase de delitos no ha sido excesiva, lo que no impide trazar algunos aportes:

2.1. Usurpación de atribuciones legislativas por un funcionario

El art. 388 CP 1870 castigaba (en el Cap. VII del Tit. VII [«De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos»]) al funcionario público «que invadiere las atribuciones del poder legislativo, ya dictando reglamentos o disposiciones generales, excediéndose de sus atribuciones, ya derogando o suspendiendo la ejecución de una Ley». Es decir, al empleado público que o bien dictara disposiciones generales más allá de lo que la Constitución preveía⁴¹ o que obstaculizara la vigencia de una norma. Mantuvo Viada y Vilaseca, por ello, que a la comisión de este delito podían estar especialmente inclinados los miembros del Poder Ejecutivo⁴². El CP 1928 suprimió este delito por razones evidentes: hubiera sido tanto como castigar ahora una conducta que llevó al poder a quien promulgaba el Código, Miguel Primo de Rivera. Instaurada la II República, el CP 1932 volvió a castigar esa conducta con el mismo tenor que el antiguo CP 1870. Los CP 1944 - 1973 conocieron también una conducta análoga, aunque lo que castigaron no fue la invasión de las atribuciones del «Poder Legislativo», sino, en general, las «atribuciones legislativas» (que correspondían a Francisco Franco). También ha previsto CP 1995 castigo para la «autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución» (art. 506). En la jurisprudencia histórica es difícilmente advertible un supuesto en que se haya llegado a

³⁹ Gómez de la Serna y Montalbán, *Elementos...*, p. 340.

⁴⁰ STS 550/1978, 06/06 (Ponente: Mariano Gómez de Liaño Cobaleda).

⁴¹ El art. 75 CE 1869 atribuía al Rey la facultad de hacer reglamentos para el cumplimiento y aplicación de las leyes, previos los requisitos que las mismas señalen.

⁴² Viada y Vilaseca, *Código penal...*, p. 471.

una condena por tal conducta, aunque en la *praxis* reciente sí existen casos en los que ha llegado a discutirse⁴³. Aun así, algunas antiguas resoluciones han admitido que no existe delito cuando «notoriamente» falta:

«[...] la intención de delinquir en la conducta del Alcalde, que aparece con los caracteres de la buena fé, especialmente al comunicar por escrito su decreto, medio que es de su poner no habría empleado si hubiese sabido ó dudado que carecía de facultades para el efecto»⁴⁴.

Aunque en otra sentencia posterior la misma excusa no supone la absolución: «la ignorancia de la ley no puede servir de excusa para su inobservancia ni para eludir la responsabilidad en que hayan incurrido voluntariamente sus infractores» (STS 228/1871, 16/03, ponente Fernando Pérez de Rozas). En todo caso, parece tener razón Díez-Picazo Giménez cuando mantiene la función de esa norma (el art. 506 CP) como «cláusula de cierre del sistema, más que como una norma tendente a reprimir conductas efectivamente desviadas»⁴⁵, lo que abre el debate sobre si esa función meramente *simbólica* que llena justifica su existencia.

2.2. Usurpación de atribuciones administrativas por un Juez

No solo ha sido castigada la usurpación de atribuciones legislativas o judiciales por funcionarios. También ha conocido el Derecho penal el castigo de los Jueces que usurpan atribuciones propias de otros Poderes. Así, los CP históricos han reprochado la conducta del Juez que se arroga atribuciones administrativas o que impide el ejercicio legítimo de aquellas por quienes están llamados a ello (art. 389.I CP 1870). La redacción del art. 389.I CP 1870 ha permanecido invariada en los arts. 461.I CP 1928, 383.I CP 1932 y 378.I CP 1944 - 1973. También el CP 1995 contiene una norma análoga, prevista para castigar al

«[...] Juez o Magistrado que se arrogare atribuciones administrativas de las que careciere, o impidiere su legítimo ejercicio por quien las ostentare, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, multa de tres a seis meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años» (art. 507).

A diferencia de la usurpación de atribuciones legislativas, sí son frecuentes en la jurisprudencia histórica los castigos. Por ejemplo, cometió el delito de usurpación el Juez que formó una ronda «con el objeto de velar por el orden público» y discurrió con ella

⁴³ Cfr. ATSJ (Sala de lo Civil y Penal) Cataluña 19/2015, 08/01 (Ponente: M.^a Eugenia Alegret Burgues): «Tampoco se explica en la querella cómo habrían de incardinarse las conductas que se describen en el art. 506 del CP, cuyo bien jurídico de protección es garantizar la independencia entre los diferentes poderes del Estado. Lo que se tipifica es el delito de usurpación de atribuciones legislativas [*rectius*: en realidad lo que se tipifica es una conducta], es decir, un delito especial y propio que se configura cuando se dictan normas de carácter general que invadan la zona constitucional en la que rige la reserva de ley o dirigidas a derogar transitoria o permanentemente normas con fuerza de ley sin hallarse facultado para ello. En el presente caso lo dictado ha sido un Decreto con una norma legal habilitante previa que entonces se hallaba en vigor [...]»; ATSJ (Sala de lo Civil y Penal) Cataluña 15/2015, 08/01 (Ponente: José Francisco Valls Gombau); ATSJ Murcia (Sala de lo Civil y Penal) 2/2012, 13/01 (Ponente: Juan Martínez Moya); o ATSJ (Sala de lo Civil y Penal) País Vasco 25/2007, 21/11 (Ponente: Nekane Bolado Zarraga).

⁴⁴ STS 110/1871, 30/01 (Ponente: Miguel Zorrilla).

⁴⁵ Díez-Picazo Giménez, L. M., «El Poder Judicial (Breves reflexiones sobre veinticinco años de experiencia)», *Revista Española de Derecho Constitucional* 71 (2004), p. 41.

por las calles del pueblo, arrogándose atribuciones propias de las Autoridades administrativas⁴⁶. También mereció reproche penal el Juez que no puso a disposición del Alcalde para que un condenado extinguiera su condena «y habiéndola extinguido en su mayor parte, sin haberle pasado los testimonios oportunos, es indudable que se arrogó atribuciones administrativas»⁴⁷. De la misma manera, fue condenado un Juez municipal que usurpó las atribuciones administrativas de los funcionarios que gestionaban un pósito. Así:

«[...] el Juez municipal de Lúcar, al aceptar el requerimiento de Lloset, deudor al Pósito de Purchena, que le exhibía una carta de pago expedida años atrás, y no completa en sus requisitos, y al decretar en su vista la nulidad del embargo, con devolución inmediata de lo embargado, y la terminación de toda diligencia ejecutiva, vino á inmiscuirse en asunto ajeno á sus atribuciones y á entorpecer con órdenes tan radicales como inadecuadas la marcha ordinaria de un procedimiento, cuyo fundamento de justicia hubo también de aparecer cuando, al reanudarse, apareció la insolvencia del deudor y el pago que poco después, y sin nuevas evasivas, hizo él mismo efectivo»⁴⁸.

Existen, de la misma manera, supuestos en que finalmente el Juez es absuelto. Así fue el caso de un Juez que había ordenado que no se cortara más leña en determinado pueblo: rectamente exigía el TS que la usurpación de la atribución fuera intencional⁴⁹.

2.3. Heterogéneas usurpaciones de atribuciones judiciales por un funcionario

Mucho más frecuentes han sido en la jurisprudencia los supuestos en que un funcionario usurpa atribuciones jurisdiccionales. Esto explica, también, la prolijidad y detalle con que los distintos CP históricos han ido reprochando estas conductas:

2.3.1. Arrogarse atribuciones judiciales o impedir la ejecución de una providencia o decisión

Pena se preveía para «todo funcionario del orden administrativo que se arrogare atribuciones judiciales o impidiera la ejecución de una providencia o decisión dictada por juez competente» (art. 389.II CP 1870). Esta misma redacción permaneció en el art. 461.II CP 1928 y 383.II CP 1932, con la salvedad de que el art. 378.II CP 1944 pasó a referirse a «funciones judiciales» (en vez de atribuciones), lo que podía llevar a cierta confusión respecto de los delitos de usurpación de funciones (que solo podían ser cometidos por particulares: *cfr.* I.1). También hoy el CP 1995 reprocha a la «autoridad o funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales o impidiera ejecutar una resolución dictada por la autoridad judicial competente» (art. 508.1).

La jurisprudencia es pródiga en estos casos, aunque su contribución a la delimitación del delito no es excesiva. Por ejemplo, comete este delito el funcionario del Ayuntamiento que multa y arresta a dos sospechosos de haber sustraído frutos del

⁴⁶ STS 124/1874, 31/10 (Ponente: Alberto Santias).

⁴⁷ STS [ileg.]/1879, 28/11 (Ponente: Pedro Sánchez Mora).

⁴⁸ STS 171/1910, 25/04 (Ponente: Félix de Aramburu).

⁴⁹ STS 298/1871, 20/04 (Ponente: Francisco Armesto).

campo⁵⁰. También el militar que ordena la detención del Alcalde y del Juez del pueblo (además de insultarlos)⁵¹; o el recaudador de impuestos que ordena el embargo de los bienes de una persona de quien «había recibido una carpeta por el completo pago del descubierto en que estaba con la Administración»⁵². Especial tendencia a la comisión de este delito han presentado históricamente los Alcaldes. Por ejemplo, fue merecedor de pena el

«[...] que después de practicar las diligencias puramente preventivas y de policía judicial que estaban en sus atribuciones, continuó conociendo de las actuaciones á que dio lugar la denuncia que le fué hecha, y consta de los hechos declarados probados, negándose á entregarlas al Juez municipal, que se las reclamó oportunamente»⁵³.

También el Alcalde que dicta un bando prohibiendo el cobro o recaudación de los puestos de una plaza de que era dueño legítimo un ciudadano, de cuyo derecho solo podía ser desposeído por Juez competente⁵⁴. Comete este delito, igualmente, el Alcalde que ejecuta por sí mismo las multas que no han sido voluntariamente abonadas (usurpando así una atribución judicial)⁵⁵; o el que destituye a unos Concejales por repetidas inasistencias a las sesiones de la Corporación local⁵⁶. Desde luego, no cometía el delito el Alcalde que hacía cumplir un depósito de personas ordenado judicialmente⁵⁷ ni tampoco el que ordenaba el traslado de una condenada a otro emplazamiento para continuar con el cumplimiento de la pena⁵⁸.

2.3.2. Continuar procediendo antes que se decida la contienda jurisdiccional

También se ha venido históricamente castigando la conducta del funcionario público «que, legalmente requerido de inhibición, continuare procediendo antes que se decida la contienda jurisdiccional» (art. 390 CP 1870). El art. 462 CP 1928 ofreció un mayor grado de concreción al prever, respecto de este delito, lo siguiente:

«Los funcionarios judiciales o administrativos que legalmente requeridos de inhibición, continuaren procediendo antes de que se decida la competencia jurisdiccional, fuera de los casos previstos por las leyes, órdenes o reglamentos vigentes, incurrirán en la multa de 1000 a 5000 pesetas».

Esta extensión en el CP 1928 a los «funcionarios judiciales» suponía la transmutación del delito de la usurpación de atribuciones *judiciales* a, simplemente, la usurpación de atribuciones (que podía suceder en cualquier dirección). Por su parte, el art. 384 CP 1932 volvió al texto de 1870, que mantendría también el art. 379 CP 1944 - 1973 y el art. 509 CP 1995, con la salvedad de referirse ahora también a Jueces,

⁵⁰ STS 204/1874, 20/04 (Ponente: Diego Fernández Cano). Similar: STS 102/1889, 28/09 (Ponente: José de Aldecoa).

⁵¹ STS 20/1876, 12/07 (Ponente: Luis Vázquez de Mondragón).

⁵² STS 175/1877, 21/11 (Ponente: Eugenio de Angulo).

⁵³ STS 18/1879, 09/07 (Ponente: Emilio Bravo).

⁵⁴ STS 103/1880, 18/03 (Ponente: Pedro Sánchez Mora).

⁵⁵ STS 551/1885, 30/06 (Ponente: José García Herraiz); o STS 250/1888, 22/11 (Ponente: Antonio Garijo Lara).

⁵⁶ STS [ileg.]/1902, 9/07 (Ponente: Juan de Aldana).

⁵⁷ STS 201/1872, 30/10 (Ponente: Diego Fernández Cano).

⁵⁸ STS [ileg.]/1882, 05/07 (Ponente: Luciano Boada).

Magistrados y autoridades como sujetos activos y de sustituir la referencia a la «competencia jurisdiccional» (lo que supone prejuzgar que no habrá competencia administrativa) por el *conflicto* jurisdiccional⁵⁹. En cualquier caso, el motivo del reproche penal se sustenta, desde antiguo en la doctrina, en la lesión del

«[...] principio inconcuso, aceptado y sancionado por todas las legislaciones, [de] que el requerimiento de inhibición hecho por una Autoridad a otra, lleva consigo la inmediata suspensión de todo procedimiento, ínterin que no se resuelva por el Superior correspondiente el conflicto jurisdiccional entablado»⁶⁰.

Jurisprudencialmente este delito no ha sido elaborado. Doctrinalmente tampoco es abundante la contribución. Los comentaristas del CP 1870 (Viada y Vilaseca⁶¹ o Gómez de la Serna y Montalbán⁶², por ejemplo) se contentaron con aclarar que el requerimiento de inhibición debe haber sido hecho por autoridad competente y conforme a la Ley.

2.3.3. Dirigir órdenes o intimaciones a la autoridad judicial relativas a causas cuyo conocimiento o resolución sea exclusiva competencia judicial

La última modalidad de usurpación de atribuciones judiciales por funcionarios es la consistente en dirigir órdenes o intimaciones relativas a causas cuyo conocimiento o resolución compete a la autoridad judicial en exclusiva. Así lo ha castigado desde antiguo el CP 1870 (art. 391) y, con el mismo tenor prácticamente, el art. 463 CP 1928 el art. 385 CP 1932 y el art. 380 CP 1944 - 1973. Hoy, el art. 508.2 CP 1995 da justa cuenta del bien jurídico protegido (la independencia judicial):

«La autoridad o funcionario administrativo o militar que atentare contra la independencia de los Jueces o Magistrados, garantizada por la Constitución, dirigiéndoles instrucción, orden o intimación relativas a causas o actuaciones que estén conociendo, será castigado con la pena de prisión de [...]».

El sustento de la condena estribaba, como ya se ha advertido desde antiguo, en el ataque a la independencia judicial, de quienes «rebajan la alta dignidad de los tribunales, y violan el artículo constitucional que concede exclusivamente a estos la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales»⁶³. No hay en la jurisprudencia histórica supuestos en que el TS se haya pronunciado al respecto.

2.4. Los eclesiásticos y los conflictos de jurisdicción

Por último, bajo la rúbrica de usurpación de atribuciones, se ha castigado históricamente una modalidad particular de desobediencia cometida por eclesiásticos. Se

⁵⁹ Queda así respetada la terminología de la LO 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales. Estos se suscitan entre la Administración y los Tribunales (*cfr.* también art. 38 LOPJ). La referencia a las «conflictos de competencia» (que se plantean entre Tribunales de distinto orden: art. 42 LOPJ) hubiera sido insuficiente, como también lo sería la referencia a «cuestiones de competencia» (que se plantean entre Tribunales de un mismo orden: art. 51.1 LOPJ).

⁶⁰ Viada y Vilaseca, *Código penal...*, p. 475.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Gómez de la Serna y Montalbán, *Elementos...*, p. 341.

⁶³ *Ibid.*

daba esta modalidad delictiva cuando, requeridos por el Tribunal competente, estos rehusaren remitir los autos pedidos para la decisión de un recurso de fuerza (que podía ser *en conocer, en el modo de proceder y en no otorgar*)⁶⁴ interpuesto (art. 392 CP 1870). El motivo del castigo, decían Gómez de la Serna y Montalbán, se sustentaba en que «corresponde a la autoridad temporal todo lo relativo a alzar la fuerza que hace el eclesiástico que se entromete a juzgar casos sujetos al fuero común, o que altera el orden de un procedimiento, o que seniega a admitir la apelación, interpuesta con derecho»⁶⁵. Efectivamente, procedía el llamado recurso de fuerza en conocer (distinto del *recurso de protección*)⁶⁶, conforme a la LEC 1881:

«[...] cuando un Juez o Tribunal eclesiástico conozca, o pretenda conocer, de una causa profana no sujeta a su jurisdicción, o llevar a ejecución la sentencia que hubiere pronunciado en negocio de su competencia, procediendo, por embargo y venta de bienes, sin impetrar el auxilio de la jurisdicción ordinaria» (art. 125)⁶⁷.

Admitiendo la legitimación del que es «víctima de un procedimiento ilegal» queda también tutelado el derecho del Estado: «el interés individual viene en auxilio de la integridad de la soberanía e independencia del Estado»⁶⁸. La LEC 1881 misma ya estaba al tanto de los conflictos que planteaba esa situación y preveía en su art. 135 que cuando el Tribunal eclesiástico no facilitara testimonio para el recurso de fuerza se le conminaría con la pena prevista en el CP (lo que también preveía el art. 1110.III LEC 1855). Si aun así no cumpliera el Tribunal eclesiástico, el art. 136 LEC 1881 preveía la coacción: «(s)i no obedeciere a la segunda Real provisión [reclamando testimonio], el Tribunal que conozca del recurso mandará al Juez de primera instancia del partido, en cuya jurisdicción residiere el Juez o Tribunal eclesiástico, que recoja los autos y se los remita, y que proceda desde luego a la formación de la causa criminal correspondiente»⁶⁹. En todo caso, el advenimiento del CP 1928 no supuso una gran modificación del tenor del CP 1870: concretó el tipo al exigir que el autor fuera «Juez o miembro de un Tribunal eclesiástico», que el requerimiento para entregar los autos no solo pudiera proceder de un Tribunal competente, sino de «Autoridad competente» y que la cuestión a decidir no sería ya un recurso de fuerza, sino una «cuestión de jurisdicción». Igual que sucede en los anteriores supuestos, el CP 1932 (art. 386) vuelve al texto de 1870, que se mantiene en los CP 1944 - 1973 (art. 381)⁷⁰.

⁶⁴ Cfr. Manresa y Navarro, J. M.^a y Reus y García, J., *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, Tomo IV, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1858, pp. 467 ss.

⁶⁵ Gómez de la Serna y Montalbán, *Elementos...*, p. 342.

⁶⁶ Se distinguían, recuerda Ortiz de Zúñiga en que el recurso de fuerza «se introduce contra las providencias dimanadas de la jurisdicción contenciosa eclesiástica, y el segundo se propone más comunmente contra los actos gubernativos de la misma autoridad [...]» (Ortiz de Zúñiga, M, *Práctica general forense – Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los Tribunales y Juzgados y los procedimientos judiciales*, Tomo II, 4.^a ed., Madrid, Imprenta de José Rodríguez, 1861, p. 353).

⁶⁷ La LEC 1855 los regulaba en los arts. 1103 y ss.: «Los recursos de fuerza en conocer pueden interponerse contra la que hagan los Jueces o Tribunales eclesiásticos *en conocer*, en el modo de proceder y en no otorgar» (art. 1103).

⁶⁸ Gómez de la Serna, P., *Motivos de las principales variaciones que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857, p. 199.

⁶⁹ Lo mismo preveía el art. 1113 LEC 1855.

⁷⁰ No conoce el CP 1995 ningún tipo especial para castigar tales conductas. Por otra parte, el art. II.4) del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español, hecho en la Ciudad del Vaticano el 28 de julio de 1976 prevé que contra las sentencias de los Tribunales de la Iglesia «en los delitos que violen exclusivamente una Ley eclesiástica conforme al Derecho canónico» «no procederá recurso alguno ante las

3. Nombramiento ilegal

El CP 1822 no castigó especialmente los nombramientos ilegales. Sí aparece esa modalidad delictiva en el CP 1848, que preveía reproche penal para el empleado público «que a sabiendas propusiere o nombrare para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales». El mismo tenor mantuvo el art. 290 CP 1850 y así siguió en el CP 1870 (que se refería, eso sí, al «funcionario público»: art. 393). La norma fue mantenida literalmente por los CP 1928 (art. 465), CP 1932 (art. 387) y 1944 - 1973 (art. 382). Por su parte, el CP 1995 actualizó la norma, castigando con mayor concreción a la:

«[...] autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos [...]» (art. 405).

Una notable innovación incorpora el CP 1995 al castigar también al particular «que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles» (art. 406). Generalmente se ha justificado el castigo de quien así actúa, no solo por exceder su poder, sino por «causar graves e irreparables perjuicios a la sociedad, haciendo ingresar en el servicio del Estado a quien no tiene ni la patitud ni las demás condiciones necesarias para su desempeño»⁷¹. Se trata, entonces, de una «especie de prevaricación»⁷², dicen Gómez de la Serna y Montalbán (y entiende hoy vacilantemente la jurisprudencia)⁷³, que comete el que abusa de su facultad para incorporar a las filas del Estado a quien no ostenta la necesaria aptitud. En la *praxis* histórica son verdaderamente escasos los supuestos en que el TS se ha pronunciado al respecto (a veces por cuestiones procesales)⁷⁴ y en ninguno de ellos existe un desarrollo sustancial del delito. En 1926 se había limitado el TS a señalar que:

«[...] según el espíritu y letra del artículo 393 del Código penal, es nota esencial que caracteriza la existencia del delito de nombramiento ilegal a que hace referencia el indicado precepto, la designación para cargo público de persona que carezca de los requisitos legales exigidos para el desempeño del mismo; es decir, que esté incapacitado con arreglo a las leyes para el ejercicio del cargo que se le confiere, sin

Autoridades civiles». La polémica está, entonces, cerrada. Tampoco existió elaboración de la jurisprudencia (penal) al respecto. Mayormente se resolvieron estos conflictos en sede civil.

⁷¹ Viada y Vilaseca, *Código penal...*, p. 477.

⁷² Gómez de la Serna y Montalbán, *Elementos...*, p. 342.

⁷³ En algunas resoluciones se entiende el nombramiento ilegal como un subgénero de la prevaricación: STSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1.ª) 60/2021, 24/02 (Ponente: Celso Rodríguez Padrón) FJ 3.4; SAP Málaga (Secc. 2.ª) 339/2019, 26/09 (Ponente: Javier Soler Céspedes); o el AAP Málaga (Sec. 7.ª, Melilla) 159/2019, 14/10 (Ponente: Mariano Santos Peñalver), que aborda la cuestión del nombramiento directamente desde el art. 404 CP, sin referencia alguna a la norma del art. 405 CP (muestra de una tácita aglutinación de ambas). La posición correcta pasa por entender que no existe entre nombramiento ilegal y prevaricación una relación de especie - género: la prevaricación exige un *plus* que excede de la *ilegalidad* del nombramiento. Y difícilmente se puede entender que el nombramiento ilegal es especie de un género que no está —suficientemente— representado. A a esa tesis conduce, además, la rúbrica del Cap. I del Tít. XIX del Libro II CP, que se refiere a la prevaricación y «otros comportamientos injustos». La consecuencia práctica estriba en reconocer que la ilegalidad que exige el nombramiento ilegal no debe ser, necesariamente tan insostenible como la que fundamenta la prevaricación.

⁷⁴ STS 671/1969, 31/03 (Ponente: Francisco Pera Verdaguer).

que esto pueda ni deba, confundirse con las incompatibilidades en que pudiera estar incurso, según los casos, el nombrado [...]»⁷⁵.

4. A modo de conclusión

Los delitos de usurpación de atribuciones (que deben ser deslindados de otras figuras análogas como la usurpación de funciones) han sido objeto de escasa atención, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. A la cuantitativamente reducida aportación jurisprudencial se suma un desarrollo también escaso. Las pocas resoluciones que han llegado a casación apenas se han ocupado de delimitar las figuras delictivas, más allá de algún aporte tangencial. El mantenimiento prácticamente inalterado desde 1822 hasta 1995 de las normas no ha exigido un esfuerzo interpretativo por la jurisprudencia que normalmente se ha contentado con una aplicación *mécanica*, sin que la *praxis* haya exigido mayor elaboración dogmática. Tampoco la discusión doctrinal ha exigido posicionamiento alguno por los Tribunales. No es posible afirmar, por tanto, que la jurisprudencia histórica haya contribuido decisivamente a la formación de los actuales delitos de usurpación de atribuciones y de nombramiento ilegal.

Resoluciones judiciales y bibliografía

Resoluciones

STS 110/1871, 30/01 (ponente Miguel Zorrilla).
 STS 298/1871, 20/04 (ponente Francisco Armesto).
 STS 201/1872, 30/10 (ponente Diego Fernández Cano).
 STS 124/1874, 31/10 (ponente Alberto Santías).
 STS 204/1874, 20/04 (ponente Diego Fernández Cano).
 STS 20/1876, 12/07 (ponente Luis Vázquez de Mondragón).
 STS 175/1877, 21/11 (ponente Eugenio de Angulo).
 STS 18/1879, 09/07 (ponente Emilio Bravo).
 STS [ileg.]/1879, 28/11 (ponente Pedro Sánchez Mora).
 STS 103/1880, 18/03 (ponente Pedro Sánchez Mora).
 STS 185/1880, 14/05 (ponente Pedro Sánchez Mora).
 STS [ileg.]/1882, 05/07 (ponente Luciano Boada).
 STS 238/1885, 18/03 (ponente José García Herraiz).
 STS 551/1885, 30/06 (ponente José García Herraiz).
 STS 111/1886, 05/02 (ponente José de Aldecoa).
 STS 337/1886, 16/04 (ponente: Rafael Álvarez Martínez);
 STS [ileg.]/1886, 1/10 (ponente José María Manresa).
 STS 92/1886, 11/10 (ponente Diego Montero de Espinosa).
 STS 172/1886, 15/11 (ponente Diego Montero de Espinosa).
 STS 239/1886, 6/12 (ponente José de Aldecoa).
 STS 277/1886, 20/12 (ponente Ángel Gallifa).
 STS 214/1887, 17/03 (ponente Mateo de Alcocer).
 STS 37/1887, 11/07 (ponente Antonio Garijo Lara).
 STS 214/1887, 17/03 (ponente Mateo de Alcocer).
 STS 250/1887, 18/11 (ponente Antonio Garijo Lara).
 STS 177/1888, 28/02 (ponente Mateo de Alcocer).

⁷⁵ STS 173/1926, 28/12 (Ponente: Enrique Robles Nisarre).

STS 266/1888, 03/03 (ponente Rafael Álvarez Martínez).
STS 241/1888, 22/03 (ponente Federico Enjuto).
STS 29/1888, 06/07 (ponente Antonio Garijo Lara).
STS 250/1888, 22/11 (ponente Antonio Garijo Lara).
STS 278/1888, 30/11 (ponente Federico Enjuto).
STS 345/1888, 22/12 (ponente Federico Enjuto).
STS 102/1889, 28/09 (ponente José de Aldecoa).
STS 335/1889, 12/12 (ponente Luis Lamas).
STS 390/1889, 04/05 (ponente Antonio Garijo Lara).
STS 44/1890, 22/01 (ponente José de Aldecoa).
STS [ileg.]/1891, 04/04 (ponente Luis Lamas).
STS [ileg.]/1893, 23/04 (ponente Victoriano Hernández).
STS [ileg.]/1893, 09/05 (ponente Luis Lamas).
STS [ileg.]/1894, 23/05 (ponente Mateo de Alcocer).
STS 137/1901, 22/11 (ponente Rafael de Solís Liébana).
STS [ileg.]/1902, 9/07 (ponente Juan de Aldana).
STS [ileg.]/1904, 08/04 (ponente Álvaro Landeira).
STS [ileg.]/1905, 30/01 (ponente José Ciudad Auriol).
STS [ileg.]/1906, 22/12 (ponente Manuel Fernández Loaysa).
STS 394/1907, 28/06 (ponente Luis González Valdés).
STS 41/1910, 30/09 (ponente Juan de Dios Roldán).
STS 171/1910, 25/04 (ponente Félix de Aramburu).
STS 18/1918, 19/01 (ponente Andrés Tornos y Alonso).
STS 173/1926, 28/12 (ponente Enrique Robles Nisarre).
STS 23/1928, 10/07 (ponente Enrique Robles Nisarre).
STS 93/1928, 16/11 (ponente Félix Ruiz Cara).
STS 196/1933, 21/06 (ponente Mariano Granados Aguirre).
STS 239/1934, 23/10 (ponente Enrique Robles Nisarre).
STS 5/1945, 03/03 (ponente Federico Castejón y Martínez de Arízala).
STS 15/1945, 18/05 (ponente Napoleón Ruiz Falcó).
STS 435/1948, 19/11 (ponente Napoleón Ruiz Falcó).
STS 487/1948, 20/12 (ponente Francisco de la Rosa de la Vega).
STS 318/1949, 10/10 (ponente Francisco de la Rosa de la Vega).
STS 378/1949, 23/11 (ponente José María Castelló y Madrid).
STS 119/1950, 9/03 (ponente Francisco González Navarro).
STS 569/1951, 05/12 (ponente Francisco Díaz Pla).
STS 444/1952, 09/07 (ponente Eugenio de Eizaguirre Pozzi).
STS 2/1953, 02/01 (ponente Elpidio Lozano Escalona).
STS 764/1953, 19/12 (ponente Federico Parera Albello).
STS 514/1954, 03/06 (ponente Juan García Murga y Mateos).
STS 754/1954, 16/12 (ponente Federico Parera Albello).
STS 931/1954, 09/12 (ponente Federico Parera Albello).
STS 864/1956, 17/11 (ponente Federico Castejón y Martínez de Arízala).
STS 367/1957, 09/04 (ponente Eugenio de Eizaguirre Pozzi).
STS 2/1960, 04/01 (ponente Alejandro García Gómez).
STS 107/1960, 04/02 (ponente Antonio Quintano Ripollés).
STS 366/1962, 27/03 (ponente José María González Díaz).
STS 725/1963, 02/05 (ponente Ángel Díez de la Lastra).
STS 1180/1963, 17/10 (ponente Antonio Quintano Ripollés).
STS 740/1964, 20/04 (ponente José María González Díaz);
STS 671/1969, 31/03 (ponente Francisco Pera Verdaguer).
STS 838/1969, 25/04 (ponente Fidel de Oro Pulido).
STS 22/1973, 12/01 (ponente Francisco Casas y Ruíz del Árbol).
STS 1763/1974, 16/12 (ponente Luis Vivas Marzal).
STS 315/1976, 03/03 (ponente Manuel García Miguel).

STS 1232/1976, 05/11 (ponente Bernardo Francisco Castro Pérez).
STS 1219/1977, 12/12 (ponente Manuel García Miguel).
STS 550/1978, 06/06 (ponente Mariano Gómez de Liaño Cobaleda).
STS 441/1979, 9/04 (ponente Bernardo Francisco Castro Pérez).
STS 615/1979, 18/05 (ponente Fernando Díaz Palos).
STS 154/1980, 12/02 (Ponente: Manuel García Miguel).
STS 461/1980, 22/04 (ponente José Hijas Palacios).
STS 510/1980, 5/05 (ponente José Hermenegildo Moyna Ménguez).
STS 1428/1981, 2/12 (ponente Juan Latour Brotons).
STS 103/1981, 15/10 (ponente Emilio Bravo).
STS 1817/1985, 12/12 (ponente Fernando Cotta Márquez de Prado).
STS 1412/1988, 6/06 (ponente Gregorio García Ancos).
STS s/n./1997, 3/03 (ponente José Antonio Martín Pallín).
ATSJ (Sala de lo Civil y Penal) País Vasco 25/2007, 21/11 (ponente Nekane Bolado Zarraga).
ATSJ Granada (Sala de lo Civil y Penal) 86/2010, 3/12 (ponente Miguel Pasquau Liaño).
ATSJ (Sala de lo Civil y Penal) Murcia 2/2012, 13/01 (ponente Juan Martínez Moya).
ATSJ (Sala de lo Civil y Penal) Cataluña 15/2015, 08/01 (ponente José Francisco Valls Gombau).
ATSJ (Sala de lo Civil y Penal) Cataluña 19/2015, 08/01 (ponente M.^a Eugenia Alegret Burgues).
STS 590/2016, 05/07, (ponente Pablo Llarena Conde).
ATS 795/2018, 10/05 (ponente Antonio del Moral García).
SAP Málaga (Secc. 2.^a) 339/2019, 26/09 (ponente Javier Soler Céspedes).
AAP Málaga (Sec. 7.^a, Melilla) 159/2019, 14/10 (ponente Mariano Santos Peñalver).
STSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1.^a) 60/2021, 24/02 (ponente Celso Rodríguez Padrón).

Bibliografía

- Díez-Picazo Giménez, L. M., “El Poder Judicial (Breves reflexiones sobre veinticinco años de experiencia)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 71 (2004), pp. 35-46.
- Gómez de la Serna, P. y Montalbán, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal de España precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, 11.^a ed., Tomo III, Madrid, Imp. de G. Alhambra, 1874.
- Gómez de la Serna, P., *Motivos de las principales variaciones que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857.
- Huerta y Álvarez, A., “Delito de usurpación de funciones”, *Actualidad jurídica Aranzadi* 40 (1992), p. 7.
- Lamas Varela, L., *Novísimo manual de Derecho comprensivo de todas las reformas de que ha sido objeto nuestra legislación hasta el presente*, 3.^a ed., Madrid, Imp. de E. Vicente, 1878.
- Manresa y Navarro, J. M.^a y Reus y García, J., *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, Tomo IV, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1858.
- Martí Cruchaga, V. M., “Los delitos de usurpación de funciones públicas y de atribuciones”, en Muñoz Cuesta, J. et al. (coord), *Tratado de responsabilidades penales en la administración local*, Madrid, COSITAL, 2015, pp. 203-233.
- Masferrer, A., *Los delitos contra la honestidad en España (1870 - 1978) – Contribución de la jurisprudencia a su configuración jurídica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- Ortiz de Zúñiga, M., *Práctica general forense – Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los Tribunales y Juzgados y los procedimientos judiciales*, Tomo II, 4.^a ed., Madrid, Imprenta de José Rodríguez, 1861.

Silva Forné, D., “Usurpación de funciones: la conducta típica en la usurpación de funciones”, *Revista de derecho penal* 18 (2009), pp. 415-435.

Viada y Vilaseca, S., *Código penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876*, 3.^a ed., Madrid, Imprenta de Manuel G. Hernández, 1885.