



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado en Ciencias Sociales

El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho
Administrativo

Autor:

Alberto Guerra Tschuschke

Directores:

Dr. D. José María Caballero Salinas

Dr. D. César Augusto Giner Alegría

Murcia, octubre de 2020



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado en Ciencias Sociales

El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho
Administrativo.

Autor:

Alberto Guerra Tschuschke

Directores:

Dr. D. José María Caballero Salinas

Dr. D. César Augusto Giner Alegría

Murcia, octubre de 2020



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

AUTORIZACIÓN DE LO/S DIRECTOR/ES DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

El Dr. D. José María Caballero Salinas y el Dr. D. César Giner Alegría como Directores de la Tesis Doctoral titulada “El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho Administrativo” realizada por D. Alberto Guerra Tschuschke en el Programa de Doctorado en Ciencias Sociales, **autoriza su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento al Real Decreto 99/2011, 1393/2007, 56/2005 y 778/98, en Murcia a 8 de diciembre de 2020

Dr. D. José María Caballero Salinas

Dr. D. César Giner Alegría

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis no sería una realidad sin algunos acontecimientos que han marcado mi vida y la de los míos.

Mi vocación docente, necesitada de expresión, y la intrusión de algunas personas que nunca imaginé que pudieran cruzarse en mi vida, han dado lugar a una inesperada —pero mágica— emoción, provocada por la combinación entre el conocimiento, la curiosidad y la constancia.

También debo agradecer a mis directores, César y José María, ya mis amigos, el esfuerzo y la atención que me han prestado. Desde el principio cumplieron, más que de sobra, con el ánimo que me dispensaron cuando les pedí su colaboración.

DEDICATORIA

Sobre todo, a Isabel, mujer «corcho» donde las haya

CITA

«Cuando empleo una palabra —dijo Humpty Dumpty en un tono despreciativo—, significa lo que decido que signifique. Ni más ni menos.

La cuestión es —dijo Alicia— si puedes hacer que las palabras signifiquen cosas tan diferentes.

«La cuestión es —dijo Humpty— quien manda. Eso es todo».

Lewis Carroll, *A través del espejo y lo que Alicia encontró allí* (1871).

RESUMEN

Algunas categorías e instituciones del Derecho Administrativo han sufrido una evolución constante, sino una completa transformación, a tenor de las circunstancias cambiantes del mundo que nos rodea.

Los constantes requerimientos de la sociedad moderna, de consumo, en términos prestacionales, las necesidades regulatorias de amplísimos sectores económicos —inmersos hasta hace no mucho en el ámbito de las *publicatio*—, así como el fenómeno de la descentralización administrativa que ha multiplicado extraordinariamente las instancias de decisión, unido a las exigencias de transparencia, participación y *buen gobierno*, han supuesto un fenómeno de extraordinaria expansión del Derecho Administrativo.

Esta expansión ha venido acompañada de un inusitado crecimiento de tecnificación de esta rama del ordenamiento jurídico, pudiendo decirse ya que el Derecho Administrativo ampara un importante conjunto de subsistemas jurídicos, tales como el urbanismo, la contratación pública, la defensa de la competencia, las telecomunicaciones, la protección del medio ambiente, el régimen financiero y presupuestario o el régimen personal al servicio de la Administración Pública.

Como ha venido destacando la doctrina, a veces resulta imposible, incluso para el profesional avezado, estar al tanto de todas las normas vigentes, especialmente las de rango reglamentario, que afectan a alguno de estos subsectores del Derecho Administrativo. A lo que debe unirse el alto grado de complejidad técnica de alguno de esos «subsectores», de su especialidad regulatoria y de su constante cambio, pues no resultan infrecuentes la aparición de docenas de nuevas normas, por ejemplo, en el mero ámbito de la contratación pública, en el breve espacio de unos meses. Unas veces fruto de la incorporación de normas procedentes de la Unión Europea y otras, por dar también significación a este tema, fruto de la actividad de nada menos que los diecisiete órganos legislativos autonómicos que existen en España y que comparten no solo competencias legislativas, sino en muchos casos también de ejecución de las

materias respectivas, siendo la actividad urbanística el ejemplo paradigmático en el que, además, el municipio tiene un papel añadido y fundamental.

Partiendo de esta realidad, que nadie pone en cuestión, el meollo de este trabajo de investigación universitario se centra en contrastar los límites del Derecho Penal, tradicionalmente amadrigados en la autoproclamada *ultima ratio*, cuando se encuentra ante la tesitura de desplegar sus potentes y devastadores efectos frente a una actuación administrativa presuntamente reprobable. En principio, ese contexto no ofrece nada nuevo: la consolidada doctrina del Tribunal Supremo español viene exigiendo un plus de antijuricidad y un dolo directo para traspasar la barrera penal. No es esta, sin embargo, la realidad que hemos vivido en los últimos 20 años.

¿Obedece esta «disfunción» o «expansión» del Derecho Penal, más allá de su consideración como *última ratio*, a alguna circunstancia especial?

O, como sostenemos en este trabajo, ¿en ello también ha influido modo decisivamente la muy diferente evolución —*de lege data*— de ambas disciplinas?

Hemos centrado nuestro trabajo de investigación en un tipo penal muy concreto, el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal por varias razones:

- a) Como es natural, la comparación global del estado de ambas disciplinas y sus instituciones sería un trabajo inabordable.
- b) El tipo de prevaricación administrativa representa el prototipo de conducta achacable a cualquier infracción penal contra la Administración Pública. A su alrededor orbitan, casi necesariamente, la mayoría de las conductas que se investigan y se imputan. Al margen del juego concursal posterior, ya en trámite de calificaciones, el delito de prevaricación siempre está en el curso del proceso penal, casi como un *príus*, por no señalar que absorbe los plazos usualmente más breves de prescripción de otros tipos homogéneos, por lo que, además, resulta muy útil para los investigadores que se encuentre en el *menú* de imputaciones iniciales.
- c) El tipo de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, aun siendo un delito especial, constituye un tipo común, un «cajón de sastre» residual, donde pueden incardinarse todas conductas que, mucho más concretas, no tienen una descripción típica especial, de mayor taxatividad.

- d) Es precisamente en el delito de prevaricación administrativa donde pueden advertirse las disfunciones que el trabajo de investigación pretende sacar *a la luz*, de ahí su título.
- e) Finalmente, porque el delito de prevaricación administrativa constituye inequívocamente una norma *en blanco* que puede y debe ser completada por normas extrapenales del Derecho Administrativo, inmersas en el desmedido proceso de expansión e hipertrofia anteriormente descrito.

En nuestra opinión, como resultado del trabajo, se advierte una indudable falta de sincronía entre las instituciones administrativas y el uso que de las mismas efectúa el Derecho Penal. Las primeras se han modernizado, se han adaptado a su finalidad como pilares básicos de los ordenamientos sectoriales que, al ritmo descrito, han ido surgiendo. En cambio, el Derecho Penal despliega sus vetustas pero efectivas armas y procesos sin tener en cuenta las disfunciones indicadas. El principio de integración y la unidad del ordenamiento acusan serias disfunciones —muy claras en el tipo penal de prevaricación administrativa, y agudizadas por ser una norma en blanco— cuando las instituciones como el silencio administrativo, la resolución administrativa, la desviación de poder, la arbitrariedad, la conservación de los actos, la subsanación o los supuestos de invalidez, se analizan en conexión con los distintos elementos del tipo de prevaricación administrativa.

El trabajo de investigación que constituye esta tesis tiene su estructura, por consiguiente, en un análisis del tipo de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, de sus elementos y de su operativa, poniéndolos en conexión sucesiva con las más diversas instituciones del Derecho Administrativo para extraer, una por una, diversas conclusiones interpretativas. A ello se le añade el contraste con la más reciente jurisprudencia sobre el delito de prevaricación y sus requisitos, trabajo que igualmente aflora las contradicciones y ausencia de concordancia entre ambas ramas, que generan los operadores jurídicos.

La oportunidad de la investigación, además, no ofrece dudas, pues si bien se viene hablando cada vez más por la doctrina de un fenómeno de expansión del Derecho Penal, desbordando su finalidad tradicional —a costa del Derecho Administrativo— en el caso del delito estudiado para su contraste con las instituciones administrativas, el fenómeno expansivo es, a nuestro juicio, mayor,

dado el creciente número de imputaciones y su carácter abierto y de norma en blanco.

PALABRAS CLAVE

Prevaricación administrativa; norma en blanco; expansión; instituciones administrativas; disfunciones.

ABSTRACT

Some concepts and institutions in Administrative Law have undergone a constant - if not complete- transformation in light of the changing circumstances of the world around us.

The constant requirements of modern consumer society, in terms of benefits, the regulatory needs of very broad economic sectors - immersed up until recently solely in the field of advertising - as well as the phenomenon of administrative decentralization that has extraordinarily multiplied the instances in decision-making, together with the demands for transparency, participation and good governance, which have collectively led to a phenomenon of extraordinary expansion of Administrative Law.

This expansion has been accompanied by an unusual and rapid modernization of this branch of law, and it is safe to say that Administrative Law covers an important set of legal subsystems, such as urban planning, public procurement, defense of competition, telecommunications, environmental protection, the financial and budgetary regime or the rules that govern public employment and the civil service.

As highlighted in administrative doctrine, even for the seasoned professional it sometimes seems impossible to be aware of all the current rules, especially those of regulatory rank that affect these subsectors of Administrative Law. To this we must also add the the high degree of technical complexity that characterises some of these «subsectors», their specific regulation and constant and not uncommon transformation caused by the appearance of dozens of new regulations in the short space of a few months, for example, in the field of public procurement law. Some the result of the incorporation of regulations from the European Union and others -which also give significance to this issue- the activity of no less than the seventeen autonomous legislative bodies that exist in Spain and that share not only legislative powers, but also in many cases also the powers to execute the respective subjects, being the urban activity the paradigmatic example in which, in addition, the municipality has an added and fundamental role.

Given this inescapable truth, which no one questions, the core of this work of university investigation focuses on contrasting the limits of Criminal Law, traditionally enshrined in the self-proclaimed Ultima Ratio, when it is faced with the situation of

displaying its powerful and devastating effects against an allegedly reprehensible administrative action. In principle, this context does not offer anything new: the consolidated doctrine of the Spanish Supreme Court has been demanding the extra of unlawfulness and direct fraud to cross the criminal barrier. This is not, however, the reality in which we we have lived for the last 20 years.

Is this "dysfunction" or "expansion" of Criminal Law beyond its consideration as a last ratio the result of any special circumstance?

Or, as we argue in this work, has the very different evolution —de lege data— of the two disciplines been heavily influenced by said circumstances?

We have focused our investigative work on a very specific action defined in criminal law, the crime of administrative malfeasance, found in Section 404 of the Spanish Criminal Code for several reasons:

a) Naturally, the general comparison of the state of both disciplines and their institutions would be an unapproachable task.

b) Administrative malfeasance represents the prototype for any conduct against the Public Administration which is defined as a criminal offense. We find that almost necessarily most of the behaviors lead to investigations and charges. Setting aside the concurrence which is decided after the fact in proceedings, malfeasance is always tried in a criminal process, usually with shorter statutes of limitation in comparison with other actions defined as crimes in law, which in addition, happens to be rather useful for those browsing the menu of initial accusations.

c) Administrative malfeasance, a crime regulated in Section 404 Spanish Criminal Code, is a special crime that also constitutes a common or residual type or definition, where all conducts that are much more specific do not fit another description.

d) It is precisely in the crime of administrative malfeasance where the dysfunctions that the research work intends to bring to light can be noticed, hence its title.

e) Finally, because the crime of administrative malfeasance unequivocally constitutes a blank rule that can and must be completed by rules of Administrative Law, outside the criminal branch of law and immersed in the excessive process of expansion and hypertrophy described above.

In our opinion, as a result of the work, there is an undoubted lack of synchronization between the administrative institutions and the use made of them by Criminal Law. The former have been modernized, adapted to their purpose as basic pillars of the sectoral regulations that, at the rate described, have emerged. However, Criminal Law deploys its old but effective weapons and processes without taking into account the indicated dysfunctions. The principle of integration and the unity of the legal system show serious dysfunctions - very clear in the criminal type of administrative malfeasance, and exacerbated by being a blank rule - when institutions such as administrative silence, administrative resolution, misuse of power, arbitrariness, the preservation of the acts, the correction or the assumptions of invalidity, are analyzed in connection with the different elements of the type of administrative malfeasance.

The research work that constitutes this thesis has its structure, therefore, in an analysis of the action of administrative malfeasance regulated in Section 404 of the Spanish Criminal Code, its elements and its operation, putting them in successive connection with the most diverse institutions of Administrative Law to draw, one by one, various interpretative conclusions. To this is added the contrast with the most recent jurisprudence on the crime of malfeasance and its requirements, a work that also reveals the contradictions and lack of concordance between both branches, generated by legal operators.

The timing of the investigation, furthermore, does not offer any doubts, because although the doctrine of a phenomenon of expansion of Criminal Law has been increasingly spoken about, going beyond its traditional purpose - at the expense of Administrative Law - in the case of the crime studied; in contrast to administrative institutions, the expansive phenomenon is, in our opinion, greater, given the increasing number of indictments and its open and blank-rule nature.

KEYWORDS

Administrative malfeasance; so-called «blank rules»; expansion; administrative institutions; dysfunctions.

ÍNDICE GENERAL

AUTORIZACIÓN DE LOS DIRECTORES

AGRADECIMIENTOS

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

ABSTRACT AND KEYWORDS

ÍNDICE GENERAL

SIGLAS Y ABREVIATURAS

CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN 33

CAPÍTULO II.- METODOLOGÍA 41

CAPÍTULO III.- ESTADO DE LA CUESTIÓN 47

CAPÍTULO IV.- EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL 51

**CAPÍTULO V.- CARACTERIZACIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN
DEL ART. 404 CP..... 57**

**CAPÍTULO VI.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE
PREVARICACIÓN 63**

**CAPÍTULO VII.- CARÁCTER RESIDUAL DEL TIPO DE PREVARICACIÓN
DEL ART. 404 CP..... 73**

**CAPÍTULO VIII.- LOS ELEMENTOS DEL TIPO DE PREVARICACIÓN DEL
ART. 404 CP 85**

8.1.- CONCEPTO DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO	86
8.2.- LA RESOLUCIÓN PREVARICADORA.....	91
8.3.- EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA PREVARICACIÓN POR OMISIÓN.....	96
8.4.- LA EMISIÓN DE INFORMES, OFICIOS, CONTESTACIONES U OTROS	103
8.5.- ACTOS VERBALES Y DISPOSICIONES ADMINISTRADAS DE CARÁCTER GENERAL..	107
8.6.- CLASES DE RESOLUCIONES. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL Y LOS CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN.....	111
8.7.- LA RESOLUCIÓN DICTADA «EN UN ASUNTO ADMINISTRATIVO»	122
8.8.- LA ARBITRARIEDAD DE LA RESOLUCIÓN	126
8.9.- COMPLEJIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y PREVARICACIÓN.....	130
8.10.- LA PREVARICACIÓN POR «DESVIACIÓN DE PODER»	131
8.11.- EL «RESULTADO» MATERIALMENTE INJUSTO DE LA RESOLUCIÓN.....	135
8.12.- QUE LA RESOLUCIÓN SEA DICTADA «A SABIENDAS DE SU INJUSTICIA»	136
CAPÍTULO IX.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	143
9.1.- AUTORÍA, COAUTORÍA Y AUTORÍA MEDIATA EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	144
9.2.- PARTÍCIPES EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL ART. 404 CP	153
9.3.- LA ATENUACIÓN DE LA PENAS A LOS PARTÍCIPES EN EL CASO DE LOS DELITOS ESPECIALES. ART. 65.3 CP. LA SITUACIÓN DEL CÓMPLICE	158
CAPÍTULO X.- EL TRATAMIENTO DEL ERROR EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	169

ÍNDICE GENERAL	23
10.1.- ERROR Y PRUEBA INDICIARIA	186
10.2.- ¿ERROR DE TIPO O DE PROHIBICIÓN?	189
CAPÍTULO XI.- EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	195
11.1.- EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO	195
11.2.- LA CUESTIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO ILEGAL	197
11.3.- PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y PREVARICACIÓN	199
CAPÍTULO XII.- SUPUESTOS DE PREJUDICIALIDAD Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	205
CAPÍTULO XIII.- REGLAS DE CONEXIDAD Y CONCURSO DE DELITOS.	223
13.1.- COHECHO Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	225
13.2.- FALSEDAD Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	226
13.3.- USURPACIÓN DE FUNCIONES Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	227
13.4.- TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	227
13.5.- NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A FUNCIONARIOS Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	228
13.6.- FRAUDE Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	230
13.7.- MALVERSACIÓN Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	231
CAPÍTULO XIV.- PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y DELITO CONTINUADO	235

14.1.- DELITO CONTINUADO Y PRESCRIPCIÓN	245
14.2.- COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO CONTINUADO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	246
CAPÍTULO XV.- PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y ÓRGANOS COLEGIADOS	251
15.1.- LOS ÓRGANOS COLEGIADOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	252
15.2.- ÓRGANOS COLEGIADOS, PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y POSICIÓN DE GARANTE	255
CAPÍTULO XVI.- PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y DELEGACIÓN DE FUNCIONES	271
16.1.- EL CASO PARTICULAR DE LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN.....	275
CAPÍTULO XVII.- LA PRUEBA DE INDICIOS Y EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	279
CAPÍTULO XVIII.- PREVARICACIÓN Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA..	291
CAPÍTULO XIX.- PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y SANCIONES DISCIPLINARIAS. EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i>.....	299
CAPÍTULO XX.- PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL JUICIO POR JURADO	309
CAPÍTULO XXI.- PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y PENALIDAD..	317

ÍNDICE GENERAL	25
21.1.- ALCANCE Y EXTENSIÓN DE LA INHABILITACIÓN ESPECIAL	320
22.2.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	325
CAPÍTULO XXII.- ANULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS POR LOS TRIBUNALES PENALES.....	331
CAPÍTULO XXIII.- PRESCRIPCIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN. PRESCRIPCIÓN Y CONEXIDAD	341
23.1.- PRESCRIPCIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL ART. 404 CP.....	343
23.2.- PRESCRIPCIÓN Y CONEXIDAD DELICTIVA	344
23.3.- CÓMPUTO DE LOS PLAZOS.....	349
23.4.- PRESCRIPCIÓN Y NULIDAD DE ACTUACIONES.....	354
CAPÍTULO XXIV.- CIRCUNSTANCIAS EXCLUYENTES Y MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	359
24.1.- CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES.....	359
24.2.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS (ATENUANTES Y AGRAVANTES).....	361
CAPÍTULO XXV.- CONCLUSIONES	367
CAPÍTULO XXVI.- REEFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	373

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AP Audiencia Provincial

ATCu Auto del Tribunal de Cuentas

ATS Auto del Tribunal Supremo

ATSJ Auto del Tribunal Superior de Justicia

BOE Boletín Oficial del Estado

CC Código Civil, de 24 de julio de 1889

CE Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978

Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y Protocolos Adicionales

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

CP Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

CEDH

DOUE Diario Oficial de la Unión Europea

DUDH Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948

FJ Fundamento Jurídico

LCSP Ley 9/2011, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

LEC Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LECrim Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

LEF Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa

EOMF Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

EBEP Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

LGP Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria

LGT Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

LJCA Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

LOGP Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria

LOPJ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LOTC Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

LOTCU Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas

LOTJ Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

LPA Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo (hasta 1992)

LRJPAC Ley del Procedimiento Administrativo Común (posterior a 1992)

LPAP Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas

LRBRL Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local

ROF Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales

RBEL Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales

RDLeg Real Decreto Legislativo

RD Ley Real Decreto-Ley

RDU Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística

REF Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa

RPU Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento Urbanístico

TRRL Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes de Régimen Local

Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado

SAN Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STJCE Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hasta 2009)

STJUE Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (posterior a 2009)

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS Tribunal Supremo

I - INTRODUCCIÓN

I - INTRODUCCIÓN

El presente estudio trata de profundizar en diversos aspectos relacionados con el delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal español, desde la perspectiva del Derecho Administrativo como rama autónoma dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, así como desde la visión del complejo entramado que forman ambas materias. El delito en cuestión puede calificarse como una «norma penal en blanco», lo que implica que su tipo objetivo debe ser completado mediante una norma extrapenal que, en muchas ocasiones, fuera de los supuestos más habituales y de fácil encaje, resulta una operación complicada, dada la multiplicidad de normas administrativas, legales o reglamentarias, así como el carácter altamente tecnificado de muchas de sus subramas sectoriales, tales como el urbanismo, la contratación pública, gestión económica y presupuestaria, bienes públicos, autorizaciones, etc.

La importancia del tema es creciente y de una radiante y candente actualidad. Son cada vez más las causas penales que se abren por este tipo delictivo, antes meramente residual o aislado respecto a casos muy flagrantes, pero hoy, absolutamente habitual dado el fenómeno de la corrupción pública que, con mayor o menor medida real, se encuentra en boga, los organismos públicos implicados, denunciantes, los medios de comunicación social, la opinión pública y el carácter expansivo del Derecho Penal que provoca repensar su carácter de ultima ratio.

Las materias relacionadas con este tema, en el día a día, el tratamiento y la extraordinaria difusión que de las mismas realizan los medios de comunicación de masas, nos hace mantener una relación directa todos los miembros de la sociedad con la fenomenología objeto del presente estudio.

Por otro lado, la evolución de este tipo de procesos, en los que muchas veces se debate no ya el denso tratamiento jurídico penal del fenómeno o su vertiente técnica, sino la imparcialidad o apariencia honorable del servidor público cuestionado, no parece que vaya a reducir su importancia, pues cada vez son más los requerimientos de transparencia y participación directa en la gestión pública,

de tal modo que no se trata ya de que se detecten un mayor número de supuestos ilícitos, sino de un adelantamiento de la barrera o listón para la entrada de la defensa de la sociedad, de modo que actúe el Derecho Penal. Ello merece una seria reflexión, un adecuado enfoque, un redimensionamiento, pues todo parece indicarnos que esta materia seguirá en un aumento constante de cara al futuro, en cuanto a su relevancia e importancia.

La mezcla de todos estos heterogéneos ingredientes (técnica y dogmática penal, actualidad, tratamiento de los medios de comunicación, cruzada de las Administraciones en pro de la transparencia, etc.) hace necesario la búsqueda y definición de los principios elementales que han de regir la materia, partiendo de una adecuada precisión del bien jurídico protegido por la norma penal, huyendo de conceptos excesivamente genéricos o moldeables, e incluso huyendo de las teorías sobre los bienes jurídicos intermedios. Debemos aproximarnos, o al menos intentarlo, al nivel adecuado de tutela del objeto de protección penal, desde una vertiente práctica y concreta, al efecto de precisar adecuadamente las lesiones o puesta en peligro de los bienes sociales que realmente merecen protección penal en la órbita del delito de prevaricación administrativa.

No debe olvidarse que el tipo de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal es un aliud común o genérico, en el que cabe, como norma extrapenal complementadora del tipo objetivo, prácticamente todo el Derecho Administrativo, con lo que ello supone, siendo por ello que, con la pretensión de abarcar otras muchas conductas poco ejemplares para la sociedad, se han ido creando figuras paralelas, tales como la prevaricación urbanística del artículo 320 del Código Penal, la relativa a la protección del Patrimonio Histórico del artículo 322 o la prevaricación ambiental prevista en el artículo 325 del Código Penal.

Nuestro trabajo de investigación se ciñe, sin embargo, al tipo genérico de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, siendo el que en nuestra opinión ofrece una mayor riqueza de matices precisamente por su carácter extremadamente abierto, por la miríada de normas extrapenales que completan el tipo objetivo y por lo abstracto de la concreción de los requisitos establecidos en el tipo subjetivo.

Desde una perspectiva analítica se pretende profundizar en el desarrollo cronológico, a lo largo del tiempo, de la evolución que ha experimentado el delito y las características de su punición. Se trata de un tipo delictivo recogido ya desde

los primeros códigos penales, con una redacción parecida pero que es necesario poner en su contexto histórico en cada ocasión. El debate, en los últimos años, se ha acentuado más en su arco punitivo y la naturaleza de la pena a imponer, incluyendo, o no, pena privativa de libertad, pues parece que no existe gran controversia doctrinal o jurisprudencial sobre los elementos del tipo y su interpretación.

No obstante, no parece, a la vista de la proliferación en multitud de causas penales abiertas en los últimos tiempos por este concreto delito, que su aparente simplicidad no vaya a presentar multitud de temas interpretativos y susceptibles de profundización, sobre todo a la luz de la enorme variedad de aristas que presentan la aplicación del Derecho Administrativo como norma extra penal de obligado complemento para la configuración del tipo.

Hasta ahora, como venimos diciendo, la aplicación del tipo de prevaricación del artículo 404 del Código Penal venía realizándose por los órganos jurisdiccionales de un modo pedregoso, sin finura, considerando las conductas enjuiciadas como verdaderas flagrancias o arbitrariedades procedentes del poder público. De cara a un futuro inmediato, cabe prever un aumento significativo de los estudios doctrinales, como consecuencia del aumento de casos de gran complejidad, en los que la norma administrativa adquiere un papel más relevante, mucho más significativo en la determinación de los elementos objetivos del tipo, por su complejidad intrínseca, por su naturaleza heterogénea y por su elevado nivel técnico y especialización.

Se plantea, complementariamente, una cuestión elemental, y es si la regulación de la prejudicialidad penal es suficiente para abordar la cuestión que planteamos. La vis atractiva y preferencia de la jurisdicción penal (artículos 3 y 4 LECrim, 38 y ss. LOPJ y 4 LJCA), no parece que pueda dar respuesta a las cuestiones límite, muchas «determinantes de la culpabilidad o inocencia», dada la contumaz tendencia de los órganos judiciales penales a inaplicar la prejudicialidad devolutiva prevista en el art. 4 LECrim; o, incluso, a entender que dicho precepto está implícitamente derogado como consecuencia de la LOPJ.

Por otro lado, la tesis se plantea desde una perspectiva hasta ahora no abordada.

En efecto, si bien puede aparecer con cierta simplicidad, el tipo de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal ha sido habitualmente estudiado desde un único plano, desde el Derecho Penal. Sin embargo, y pese a que partimos de la base de su consideración como verdadera norma penal «en blanco», lo cierto es que pocas obras o recensiones se han ocupado de realizar un examen de los elementos del tipo, para ponerlos en relación con los aspectos más relevantes de las normas del Derecho Administrativo, formulándose un esquema singular que entendemos pone en valor el trabajo realizado.

Con la misma sistemática, se abordarán no solo los elementos del tipo, sino, siguiendo el esquema clásico de la teoría jurídica del delito, las cuestiones relativas a autoría, error, conexidad delictiva, infracciones continuadas, problemática derivada del funcionamiento de los órganos colegiados y otros temas de gran importancia propios del Derecho Administrativo, íntimamente conectados a la operativa de este tipo penal. Finalmente, el trabajo concluirá con un examen de la jurisprudencia más actualizada sobre la materia.

Si bien tradicionalmente los delitos de los funcionarios públicos («Delitos contra la Función Pública» del Título XIX del Código Penal) no han sido especialmente tenidos en cuenta por la doctrina para su estudio, lo cierto es que, como se ha indicado, el estado de la cuestión se ha tornado en cuestión de pocos años. El legislador de 1995, aprobando “el Código Penal de la democracia”, introdujo algunas modificaciones sustanciales (por ejemplo, la supresión de la prevaricación por negligencia o ignorancia), pero no dejó de ser una regulación desordenada y que arranca de conceptos arcaicos que, después, ha sufrido nuevas modificaciones. En particular, el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal se ha mantenido igual desde 1995, salvo en lo que al arco punitivo se refiere, sin introducirse, como se ha pretendido por algún sector, penas privativas de libertad.

Todo ello hace que todavía hoy nos encontremos en una situación parecida, sin elementos de juicio debidamente depurados a nivel doctrinal sobre el Derecho Administrativo como norma extrapenal indispensable para completar el tipo, trabajo en el que modestamente intentaremos profundizar.

Ha sido también repetida por la última doctrina la falta de certeza y previsibilidad de las resoluciones judiciales en este sentido, circunstancia que

achacamos, precisamente, a lo extraño de las normas administrativas altamente tecnicadas y excesivamente prolijas en muchos sectores, hasta el punto de “denunciar” que el Derecho Administrativo es tributario o está siendo sustituido por el Derecho Penal, que viene a «tamizar» ex ante las decisiones administrativas, cuando lo correcto, siguiendo el patrón clásico de la ultima ratio del Derecho Penal, debía ser justo al revés. El complicado mundo del Derecho Administrativo práctico, donde el ejercicio de la potestad discrecional o el concepto jurídico indeterminado se ha convertido casi en regla, dada la multiplicidad del ámbito regulado, se compadece poco con la búsqueda de la verdad material que es el principal objetivo del proceso penal. Y ello da lugar a discordancias, problemas interpretativos e inseguridad jurídica, cuya nebulosa es necesario despejar.

Lo que en el ámbito del proceso penal puede entenderse como una «desviación de poder», concepto administrativo por excelencia, término que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha identificado como encajable en el de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, desde el punto de vista administrativo es una patología estudiada y descompuesta, para su estricta disección, desde hace casi dos siglos, que requiere de técnicas perfectamente evaluadas a lo largo de muchas decisiones judiciales pero que, desde la óptica penal, son fácilmente orilladas y no tenidas en cuenta. La desviación de poder, por seguir con el ejemplo, es un concepto indeterminado en el mundo del Derecho Administrativo, no equivalente al ejercicio de un poder arbitrario estrictamente, ni mucho menos caprichoso. Es necesario pues, que tales fronteras —en este y en otros muchos casos— se delimiten con la misma precisión que exige la taxatividad penal.

A otro nivel nos encontramos ya con una profunda afección al principio de eficacia de la Administración Pública (art. 103.1 de la Constitución Española), pues el tamiz previo del Derecho Penal restringe operativa y significativamente el funcionamiento de la Administración Pública, de los funcionarios y de las autoridades, que no pueden sino recurrir a procesos internos de compliance o chequeo de su actividad ordinaria, para prevenir no ya comportamientos irregulares (que también), sino con la finalidad última de evitar la suspicacia o reforzar ex ante el blindaje jurídico de las decisiones, con la consiguiente ralentización o, incluso, paralización de sus actividades ordinarias.

Parece inevitable la contención de tales daños, que afectan profundamente al desarrollo económico y social, unido a la extremada dilatación en el tiempo de los procesos penales de esta naturaleza, si no es promoviendo la especialización judicial y, en suma, el conocimiento de esta materia y sus fronteras por parte de todos los operadores jurídicos, por lo que entendemos que el trabajo es de plena actualidad y aborda el núcleo fundamental de la cuestión.

II – METODOLOGÍA

II - METODOLOGÍA

Abordar esta tesis se justifica en atención a los objetivos marcados, analizando el estado actual de la cuestión y siguiendo una determinada metodología de estudio.

Dentro de los métodos de investigación empleados en Ciencias Sociales, se hace necesario el empleo y la utilización de estos para poder desarrollar acertadamente cualquier proyecto de tesis doctoral que se precie. Actualmente ha cambiado el plan de estudios utilizado hasta ahora en los estudios de Doctorados y por tanto los doctorandos debemos de adaptarnos a la nueva regulación legal y a la normativa vigente con la finalidad de desarrollar la investigación siguiendo las directrices de estudio acertadas.

El presente trabajo se pretende emprender bajo los criterios de una perspectiva “básica”, básica, porque lo que se pretende con el mismo es aumentar el conocimiento de un tema contemporáneo de crecimiento sin precedentes, con perspectivas seguir manteniéndose de actualidad y ampliamente desarrollable teniendo en cuenta las normas penales vigentes tanto en relación con la parte especial que regula el tipo delictivo que estudiamos, como del derecho procesal penal, decimonónico y obsoleto, objeto de profundas y sucesivas reformas parciales que no han satisfecho, en nuestra opinión, el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en la Constitución Española y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se pretende un enfoque de profundo estudio teórico de la cuestión, pero con la finalidad práctica de dar resolución a los problemas que en el campo de las Ciencias Sociales se utilizan para modificar, mantener reformar o cambiar válidamente algún aspecto de la realidad social.

También podrían calificarse dentro de los estudios “empíricos”, y son empíricos, dado que con el mismo se pretende aproximarse al conocimiento del objeto mediante su conocimiento directo y el uso de la experiencia bajo el prisma de la observación y la experimentación. Después de analizar mediante el estudio

de la regulación normativa del tema, la evolución que sufre en todos los sentidos esta materia y desde una perspectiva personal estar más de dos décadas involucrado en el estudio del funcionamiento de la Administración Pública, ello nos permite abundar y dar unas pinceladas de estos parámetros de conocimiento directo y el uso de la experiencia contrastada con sus vicisitudes y resultados.

En cuanto al método y sus fases de investigación llevado a cabo podemos distinguir:

1. Formulación de la premisa de estudio.
2. Análisis de los elementos del delito.
3. Análisis de las instituciones del Derecho Administrativo involucradas.
4. Contraste y resultado.

Las técnicas de investigación, como procedimientos metodológicos y sistemáticos, e instrumento que nos permiten alcanzar el conocimiento a través de la recogida de información, utilizadas para la realización del presente trabajo final de grado han sido:

1. La observación: Como procedimiento primitivo en las técnicas de investigación, amén de ser el más usado, es considerado el procedimiento empírico por naturaleza.

Esta técnica consiste en la observación del fenómeno para tomar información y posteriormente registrarla para ser analizada.

Se trata de una observación indirecta, ya que nos valemos de las observaciones hechas por otros anteriormente; no participante, puesto que se realiza una recogida de la información desde "fuera" del fenómeno investigado; y estructurada, ya que se usan medios técnicos como fichas, cuadros o tablas.

2. La recopilación documental: Se trata de un instrumento o técnica de investigación general, la cual hace uso de datos obtenidos de fuentes documentales con el fin de ser utilizados en una investigación concreta.

De entre la amplia variedad de documentos utilizables en una investigación, destacamos como los más usados en el presente trabajo los siguientes: Documentos escritos, como fuentes históricas, revistas, libros, artículos, jurisprudencia.

3. El análisis de contenido: En esta técnica lo que se pretende es una descripción objetiva, sistemática y cuantitativa del contenido de las publicaciones consultadas e investigadas.

III -ESTADO DE LA CUESTIÓN

III - ESTADO DE LA CUESTIÓN

Si bien tradicionalmente los delitos de los funcionarios públicos (“Delitos contra la Función Pública” del Título XIX del Código Penal) no han sido especialmente tenidos en cuenta por la doctrina para su estudio, lo cierto es que, como se ha indicado, el estado de la cuestión se ha tornado en cuestión de pocos años.

El legislador de 1995, aprobando “el Código Penal de la democracia”, introdujo algunas modificaciones sustanciales (por ejemplo, la supresión de la prevaricación por negligencia o ignorancia), pero no dejó de ser una regulación desordenada y que arranca de conceptos arcaicos que, después, ha sufrido nuevas modificaciones. En particular, el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal se ha mantenido igual desde 1995, salvo en lo que al arco punitivo se refiere, sin introducirse, como se ha pretendido por algún sector, penas privativas de libertad.

Todo ello hace que todavía hoy nos encontremos en una situación parecida, sin elementos de juicio debidamente depurados a nivel doctrinal, al Administrativo como norma extrapenal indispensable para completar el tipo, trabajo en el que modestamente intentaremos profundizar con este proyecto.

Ha sido también repetida por la última doctrina la falta de certeza y previsibilidad de las resoluciones judiciales en este sentido, circunstancia que achacamos, precisamente, a lo extraño de las normas administrativas altamente tecnicadas y excesivamente prolijas en muchos sectores, hasta el punto de “denunciar” que el Derecho Administrativo es tributario o está siendo sustituido por el Derecho Penal, que viene a “tamizar” ex ante las decisiones administrativas, cuando lo correcto, siguiendo el patrón clásico de la ultima ratio del Derecho Penal, debía ser justo al revés. El complicado mundo del Derecho Administrativo práctico, donde el ejercicio de la potestad discrecional o el concepto jurídico indeterminado se ha convertido casi en regla, dada la multiplicidad del ámbito regulado, se compadece poco con la búsqueda de la verdad material que es el principal objetivo del proceso penal. Y ello da lugar a

discordancias, problemas interpretativos e inseguridad jurídica, cuya nebulosa es necesario despejar.

Lo que en el ámbito del proceso penal puede entenderse como una “desviación de poder”, concepto administrativo por excelencia, término que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha identificado como encajable en el de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, desde el punto de vista administrativo es una patología estudiada y descompuesta, para su estricta disección, desde hace casi dos siglos, que requiere de técnicas perfectamente evaluadas a lo largo de muchas decisiones judiciales pero que, desde la óptica penal, son fácilmente orilladas y no tenidas en cuenta. La desviación de poder, por seguir con el ejemplo, es un concepto indeterminado en el mundo del derecho administrativo, no equivalente al ejercicio de un poder arbitrario estrictamente, ni mucho menos caprichoso. Es necesario pues, que tales fronteras —en este y en otros muchos casos— se delimiten con la misma precisión que exige la taxatividad penal.

A otro nivel nos encontramos ya con una profunda afección al principio de eficacia de la Administración Pública (art. 103.1 de la Constitución Española), pues el tamiz previo del Derecho Penal restringe operativa y significativamente el funcionamiento de la Administración Pública, de los funcionarios y de las autoridades, que no pueden sino recurrir a procesos internos de compliance o chequeo de su actividad ordinaria, para prevenir no ya comportamientos irregulares (que también), sino con la finalidad última de evitar la suspicacia o reforzar ex ante el blindaje jurídico de las decisiones, con la consiguiente ralentización o, incluso, paralización de sus actividades ordinarias.

Parece inevitable la contención de tales daños, que afectan profundamente al desarrollo económico y social, unido a la extremada dilatación en el tiempo de los procesos penales de esta naturaleza, si no es promoviendo la especialización judicial y, en suma, el conocimiento de esta materia y sus fronteras por parte de todos los operadores jurídicos, por lo que entendemos que el trabajo es de plena actualidad y aborda el núcleo fundamental de la cuestión.

IV -EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

IV - EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Desde hace tiempo, la doctrina viene advirtiendo de la constante expansión del Derecho Penal, a cuenta del Derecho Administrativo. Como decimos, no es un fenómeno nuevo, sino que viene apreciándose incluso desde antes del Código Penal de 1995. GONZÁLEZ CUSSAC vino a indicar expresivamente la anómala «huida» hacia el Derecho Penal y la extraordinaria gravedad del «puenteamiento» de los tribunales contencioso-administrativos¹. Y, ya en el año 1982, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ indicaba el proceso «inflacionista» en ciernes, propugnando una adecuada redistribución entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal, que salvaguardara el carácter subsidiario y fragmentario de éste². También QUINTERO OLIVARES ha sido muy expresivo sobre este fenómeno expansivo: «Hace ya muchos años que la ciencia penal denunció un vicio común a muchas naciones: el de intentar resolver los conflictos de la más variada índole acudiendo al Derecho Penal»³.

GARCÍA DE ENTERRÍA también se hizo eco de tal circunstancia, en similares términos de admonición, avisando de la errónea criminalización en el Código Penal de 1995 de «capítulos enteros del Derecho Administrativo», relativos a cuestiones sumamente complejas (delitos sobre ordenación del territorio y urbanismo, delitos ambientales, etc.) que «solo con técnicas depuradas de

¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 11 y ss.

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo*. Estudios Penales y Criminológicos, nº 6, 1981, págs. 197-214.

³ QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia Penal en España*, Ed. Aranzadi, 1998, pág. 34. El autor proclama, sobre este tema, que «Pues bien, esa pretensión ha resultado ser siempre un esfuerzo baldío, y ello a pesar de la constante acusación de que el derecho penal no sirve para casi nada. De modo abiertamente contradictorio se hace esa proclamación, a la vez que se mantiene una invariable tendencia a buscar una respuesta penal para cualquier problema o conflicto urgente que se suscite en la vida cotidiana» (pág. 35).

Derecho Administrativo son susceptibles de ser valoradas y apreciadas»⁴. Más recientemente, TORNOS MÁS ha llegado a calificar este uso expansivo del Derecho Penal como un fenómeno de «populismo punitivo»⁵.

Semejante autoridad se constata también en SILVA SÁNCHEZ, quien, desde una perspectiva más general, ha expuesto con gran brillantez las causas de tal expansión⁶, no solo en relación con el Derecho Administrativo sino en virtud de sus causas sociales o políticas. Todo esto nos lleva irremediamente a una doble consecuencia, perfectamente constatable en el orden práctico. Por una parte, en el ámbito dogmático se alzan ya voces que abogan por un *cambio* en las reglas operativas del Derecho Penal, excesivamente formales y rigurosas, que hacen prácticamente inviable el rápido y adecuado reproche de ciertas conductas punibles. Se trataría de una *degradación* en el orden de las garantías, que hiciera posible dicha respuesta. Autores de la talla del propio SILVA SÁNCHEZ o HASSEMER/MUÑOZ CONDE apuntan hacia tal reflexión⁷. El punto de partida sería el del ordenamiento administrativo sancionador, *casi* idéntico en sus principios elementales de funcionamiento, pero más ágil y menos atado a los principios de lesividad o peligrosidad concreta, de pronta respuesta. Este nuevo Derecho Penal compartiría con aquél la imposibilidad de imponer penas privativas de libertad (consecuencia de la flexibilización de las garantías) manteniendo, no obstante, la

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La nulidad de los actos administrativos^[1] que sean constitutivos de delito ante^[2] la doctrina del Tribunal Constitucional,^[3] sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación*, REDA, nº 98, 1998.

⁵ TORNOS MÁS, J., *¿Quién debe ejercer el ius puniendi del Estado?* Revista Española de Derecho Administrativo, nº 161, 2014, pág. 13.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, 1999. Señala el Prof. Silva como causas: la aparición de nuevos riesgos; la sensación social de inseguridad; la configuración de una sociedad de «sujetos pasivos»; la identificación de la mayoría social como la víctima del delito; el descrédito de otras instancias de protección; los gestores atípicos de la moral; la actitud de la izquierda política; y, el desprecio por las formas. Pp. 21 y ss.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Op. Cit.* Pp. 124 y ss. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, p. 44.

finalidad de prevención general que provoca la intervención judicial y su mayor gravedad. Se impondría así, un Derecho Penal *de dos velocidades*, limitando la intervención del poder de *ultima ratio* a los supuestos más graves, singularmente aquellos que llevasen aparejados la imposición de penas privativas de libertad. Por otro lado, decíamos, de la actual situación de mezcolanza se deriva otra consecuencia no menos seria, aunque más prosaica, que resulta del resquemor y pérdida de confianza del ciudadano ante una Justicia penal lenta y a veces interminable.

Siendo el diagnóstico certero, y centrado nuestro objeto de estudio el delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal, la cuestión se complica cuando *de lege ferenda* se viene a sostener la necesidad de modificar el Código para establecer penas privativas de libertad en relación con este delito⁸, dado que en la actualidad el reproche punitivo se ciñe a penas de inhabilitación. Respuesta ésta, de política criminal, que no es ninguna novedad y que, primordialmente en relación con delitos especiales relacionados con el funcionamiento de la Administración Pública, ha dado lugar a diversas modificaciones del Código Penal cuya finalidad última ha sido el endurecimiento de las penas⁹, siendo un dato objetivo que España es el país del entorno comunitario, de largo, de mayor dureza en el castigo de este tipo de delitos¹⁰.

⁸ Posición defendida por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIEITO, E., *La prevaricación de funcionario público*, Civitas, 1980. Y no compartida por GONZALEZ CUSSAC, J.L., *Op. Cit.* p. 133.

⁹ Singularmente, pueden destacarse las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio, 7/2012, de 27 de diciembre, 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal de 1995.

¹⁰ Consecuentemente, España (junto con el Reino Unido) es el país de la UE con mayor población reclusa, 147 por cada 100.000 habitantes, siguiéndonos Portugal (136), Francia (98) y Alemania (79) o Finlandia (58), ya mucho más alejados. Paradójicamente, España tiene un índice de criminalidad un 20% por debajo de la media europea, lo que revela con claridad el dato de la mayor dureza de las penas previstas. Pese a todo, en los últimos años, principalmente como consecuencia de los acuerdos de expatriación de extranjeros, la población reclusa ha disminuido considerablemente en nuestro país. Fuente: Centro Internacional de Estudios sobre prisiones (datos de 2013) y www.20minutos.es

Este devenir expansivo, de acuerdo con el Profesor SILVA SÁNCHEZ, tiene una multiplicidad de causas, sí, pero en su conjunto deberían ofrecer cierta perspectiva que asegure un adecuado tratamiento legislativo, pues de lo contrario se pondrán de manifiesto las disfunciones ya apuntadas que, de nuevo, darán lugar a nuevas medidas adoptadas «a remolque», que en el orden práctico serán generadoras de arbitrariedad, como ocurre en toda operación carente de principios sólidos.

En mi opinión, una vuelta al Derecho administrativo sancionador, aun en el *escenario* de mayor solemnidad penal, probablemente adolecería de las mismas carencias (falta de principios, de medios), provocando la degradación o menor consideración social del reproche impuesto por la *vía rápida* y, lo que es peor, dará lugar a idénticos problemas de definición y encaje de las conductas punibles, marcadas por su cada vez mayor tecnificación y reenvío a complejas normas extrapenales, sin otro «beneficio» que su expeditiva sanción, aun a riesgo de su acierto, en base a criterios de pura probabilidad.

Excede de este trabajo el problema planteado, siendo necesario únicamente como muestra del contexto en el que el delito de prevaricación administrativa se inserta, como claro exponente del mismo y sobre el que perfectamente puede girar su interpretación y puesta en práctica por nuestros Jueces y Tribunales.

**V - CARACTERIZACIÓN DEL
DELITO DE
PREVARICACIÓN DEL
ART. 404 CP**

V - CARACTERIZACIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL ART. 404 CP

La prevaricación «administrativa», como comúnmente nos referimos al delito previsto en el art. 404 CP, es uno de los clásicos «delitos de funcionarios» o, siendo más preciso, de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios en ejercicio de su cargo.

La doctrina y jurisprudencia distinguen entre delitos especiales o comunes, en virtud de que su autor reúna o no una determinada condición o característica exigida por el tipo penal. Y a su vez, en los primeros, podemos diferenciar entre delitos especiales propios o impropios, siendo los propios aquéllos que carecen de un delito común equivalente que pueda ser cometido por una persona que carezca de la citada condición o característica.

En el caso de la prevaricación administrativa nos encontramos, por consiguiente, ante un delito *especial propio* por cuanto es requisito de tipicidad objetiva que su autor tenga la condición de funcionario o autoridad pública, con arreglo a la definición establecida por el Código Penal; siendo propio por no existir ningún delito común correlativo o equivalente cuya autoría pueda atribuirse al sujeto que no tenga la cualidad de funcionario o autoridad pública.

Como tendremos ocasión de analizar, esta clasificación no carece de relevancia práctica, sino todo lo contrario, pues determina —no sin excepciones— la posibilidad de su autoría, que no de su participación por otros títulos (cooperación, complicidad, inducción), al igual que la necesidad de mantener la llamada «unidad del título de imputación», dado que no es posible sancionar al partícipe en virtud de otro tipo penal común, al no existir, como hemos dicho, ningún delito equivalente¹¹.

¹¹ Aun en el caso de existir un *tipo común*, tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que introduce el apartado 3 al art. 65 CP, el legislador adopta la llamada «teoría unitaria» (GÓMEZ MARTÍN), al prever expresamente la punición del *extraneus* como partícipe en un delito especial, si bien con una degradación de la pena prevista.

Profundizando un poco más, convendrá también indagar si el delito de prevaricación es un delito especial (sobre esto no cabe duda) «de posición» o «de deber», en tanto que nuevas categorías doctrinales construidas para el análisis de la responsabilidad en los delitos especiales¹². El delito fiscal (art. 305 CP), por ejemplo, es considerado un delito especial, debido a la *posición* requerida al autor como obligado tributario. Sin embargo, se añade, dicha «posición» deriva de un estatus netamente intercambiable en el curso de la vida cotidiana¹³, lo que podría desnaturalizar un tanto la especialidad del tipo y abrir la autoría a otras personas que, sin reunir la cualidad *stricto sensu*, se hayan «posicionado» como tales, con suficiente dominio sobre el hecho delictivo (en el ejemplo, la defraudación). Por el contrario, existen delitos cuya comisión resulta del todo imposible por aquellos que no tienen atribuido el especial cumplimiento del deber que la cualidad les infunde, típicamente los *delitos de funcionarios*.

¹² ROBLES PLANAS, R. (Dir.) *La Responsabilidad en los delitos “especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*. Ed. Bdef, 2014. Pág. 71 y sig. Señala explícitamente este autor (pág. 351) que «podría darse por superada o prácticamente superada la distinción —meramente formal— entre delitos especiales propios e impropios y, en su lugar, darse por acogida —con poco importantes diferencias terminológicas— una clasificación atenta al fundamento del injusto que distingue entre —los que yo he denominado— “delitos de posición” y “delitos especiales de deber”. Los primeros no serían en realidad (sino sólo de un modo aparente) delitos especiales. La denominación para ellos como “delitos de posición” expresa —a mi juicio mejor que ninguna otra— su única peculiaridad: la relativa a que la relevancia penal de la conducta se supedita a que concurren ciertas situaciones o posiciones desde las cuales se llega a lesionar el bien jurídico de modo penalmente relevante».

¹³ Señala ROBLES PLANAS, R. *Ob. Cit.*, pág. 72, que «En efecto, en los delitos *de posición* no existe ningún elemento que bloquee la posibilidad de intervenir en el hecho (como lo hace el deber especial en los *delitos especiales de deber*). Por este motivo, no se observan razones que impidan aplicar las reglas generales de la intervención, siendo innecesario, además de dogmáticamente incorrecto, por carecer de una razón material suficiente, recurrir al art. 65.3 CP».

No debe confundirse esta categoría del delito especial con el llamado delito «de propia mano»¹⁴, cuya comisión solo puede producirse de un modo personal, físico, directo y corporal por el sujeto activo (por ejemplo, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o la agresión sexual), si bien se discute aun la virtualidad misma de la categoría y sus características asociadas, que son la exclusión de la autoría mediata y la comisión por omisión. Se relaciona igualmente —no sin generar cierta confusión— la razón de ser de los delitos de propia mano a la existencia de un «deber personalísimo» sustentado en el tenor literal del tipo penal, que exigiría la realización *personal o corporal*¹⁵. En todo caso, sin entrar en los abundantes matices de la cuestión, entiendo que debe deslindarse el delito especial como cualidad de autoría exigida por el tipo penal, del tenor literal exigido en ciertos casos en cuanto a la acción corporal directa, que obviamente pueden llegar a superponerse, pero que responden a supuestos distintos¹⁶.

¹⁴ Al menos sin cierto estudio y precisión, puesto que sobre la categoría reina cierta discordia dogmática y doctrinal. Sobre la categoría y su dimensión actual, desde que fue construida a principios del S. XIX por BINDING, ver la obra de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial*. Ed. Dykinson, 2004. También, GÓMEZ RIVERO, M^a. C. *¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?*, Revista Penal, nº 18, 2006.

¹⁵ Así, ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, 2004.

¹⁶ HERZBERG, no obstante, señala como delitos «de propia mano» aquellos que requieren la infracción de un deber altamente personal, señalando como ejemplo el delito de prevaricación. HERZBERG, R.D. *Eigenhädige Delikte*, en ZStW, 1970, citado por GÓMEZ RIVERO, M^a. C. en *¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?*, Revista Penal, nº 18, 2006.

**VI - EL BIEN JURÍDICO
PROTEGIDO POR EL
DELITO DE
PREVARICACIÓN**

VI - EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE PREVARICACIÓN

La sistemática empleada por el Código Penal de 1995 establece el delito de prevaricación administrativa del art. 404 como el primero dentro del Capítulo I («De la prevaricación de los funcionarios y de otros comportamientos injustos»¹⁷) del Título XIX del Código denominado «De los delitos contra la Administración Pública».

Se ha discutido en la doctrina sobre la existencia de un único bien jurídico protegido en el caso de los delitos contra la Administración Pública o si, por el contrario, puede hablarse de bienes específicos para cada delito. Ambas posturas parecen correctas, puesto que en todos los delitos previstos en el Título XIX del Código Penal subyace un hilo conductor que deriva de los arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución Española, que no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración Pública con arreglo a los principios de eficacia, imparcialidad, objetividad, sometimiento a la Ley e interdicción de la arbitrariedad, en el marco de un Estado Democrático y de Derecho. Igualmente, también es posible reconocer bienes concretos que se acomodan mejor en unos tipos que en otros. Así, la dignidad de la función pública, la imparcialidad, la confianza depositada por los ciudadanos o los deberes implícitos del cargo. Entiendo, no obstante, que la función «iluminante» en la interpretación de los elementos del tipo, como expresivamente ha dicho MANTOVANI¹⁸, corresponde al bien jurídico *categorial*¹⁹

¹⁷ Mención «simplemente descriptiva», poco acertada según describe OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: «se impone recurrir a la geomancia jurídica y, así, ejerciendo de zahorí legal respecto a la vacua locución del epígrafe transcrito adoptar una diferente perspectiva de análisis». OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*. Conferencia pronunciada en las Jornadas de Derecho Penal para Directivo de la Junta de Andalucía (Sevilla, junio de 1996). Publicada por el Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP). Pág. 12.

¹⁸ MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, Padua, 1989. Pág. 187.

antes descrito. Sin perjuicio de que cada uno de los delitos del Título XIX lesionará o pondrá en peligro «un bien más específico»²⁰.

En el caso de la prevaricación común del art. 404 CP, la doctrina señala al principio de legalidad como el bien jurídicamente protegido en estos delitos, constatándose precisamente en que la conducta sancionada consiste en dictar una resolución arbitraria a sabiendas, siendo un principio íntimamente con el de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE)²¹. Este bien jurídico más específico es del todo necesario, pues como ha señalado OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO el bien jurídico de la categoría todavía no es un concepto que esté en condiciones de proporcionar las limitaciones al poder público del Estado pues configura un objeto de tutela tan amplio que haría de todos los delitos de la categoría de «delitos de peligro potencial o abstracto»²².

Como se dice en la STS 600/2014 del 3 de septiembre, el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello, el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios.

Esta definición del bien jurídico protegido por el delito, conforme doctrina y jurisprudencia, descartando otras (dignidad o prestigio de la función), tiene importancia correlativa en la concreta operativa del tipo penal, que entonces exige un perjuicio u ofensa al *eficaz e imparcial* ejercicio de la función pública.

¹⁹ Expresión formulada por ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, J. C. en *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanc, 1999.

²⁰ DELGADO GIL, A. *Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración Públicas*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de la Presidencia, 2009, Pág. 417.

²¹ DELGADO GIL, A., *Ob. Cit.* Pág. 370.

²² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Op. Cit.* Pág. 18.

Entonces, ¿en qué medida puede ser afectado dicho bien jurídico? ¿Estamos ante un delito «de lesión» o «de peligro», «de resultado» o «de mera actividad»? Estas preguntas, que podrían ser objeto de un estudio específico, traen causa del carácter amplio y difuso del bien jurídico que hemos denominado *categorial* y merecen tener una respuesta que ofrezca cierta seguridad interpretativa al operador jurídico.

Tradicionalmente se viene a definir los delitos de mera actividad como aquellos «de pura conducta o de simple comportamiento»²³ (ANTOLISEI). SÁINZ CANTERO pone el acento, no obstante, en la ausencia de efecto o resultado, señalando que son de simple actividad los delitos «que se consuman sin necesidad de que se produzca resultado externo alguno»²⁴. Pura conducta para su consumación y ausencia de resultado exterior. Estas serían, pues, las dos características de los delitos de mera actividad. Opuestamente, los delitos *de resultado* exigen para su consumación que tenga lugar un efecto exterior además de la simple actividad del sujeto activo. El resultado, tan importante en la dogmática penal, viene a ser, entonces, un efecto *distinto* de la acción (u omisión), suficientemente disímil a estos efectos.

La existencia de delitos de simple actividad, para los que el legislador no ha de emplear verbos resultativos o verbos cuyo proceso tenga unos resultados o consecuencias —pues raro será el verbo cuya acción o proceso no lleve a un cambio de estado o realidad nuevos— que se caracterizarían específicamente por llevar implicado un resultado²⁵, obedece en puridad a un motivo de política criminal, consistente en instaurar una defensa del bien jurídico en un estado *anterior* al de la afección o daño efectivo al dicho bien, de tal modo que se consuma el hecho delictivo con independencia del resultado producido, consista éste en una puesta en peligro o en la efectiva lesión del mismo.

²³ ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè Editore, 2008 pág. 229.

²⁴ SÁINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch, 2000, pág. 545.

²⁵ Por ejemplo, el verbo *encontrar* respecto de *buscar*. El primero incluye un resultado que implica modificación del mundo exterior; en cambio, *buscar* no, salvo que entendamos que el resultado es coincidente con la misma acción de *buscar*.

En el orden práctico es casi coincidente la doctrina y jurisprudencia en considerar el delito de prevaricación del art. 404 CP como de mera actividad.

Así se reconoce, por ejemplo, en la STS 391/2014, de 8 de mayo (FJ 11) Ponente, D. José Manuel Maza Martín. También en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 de octubre de 2000, donde se establece: «en orden a la responsabilidad civil “ex delicto” hemos de manifestar que no cabe establecer reparación económica de condena por delitos que no producen lesión de esta índole, pues ya se dijo que la prevaricación es un delito de mera actividad y no de resultado lesivo, y si en algún sentido cabe así considerarle es por la lesión que produzca en la Función Pública, bien de naturaleza ideal que no se corporiza en nada». La práctica totalidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en definitiva, viene a reconocer, aunque de un modo implícito, esta condición de «simple actividad» al delito del art. 404 CP, no exigiendo resultado alguno —más allá del dictado de la resolución injusta— para su consumación.

La doctrina mayoritaria (si bien no se pone el acento en esta cuestión) acepta igualmente la indicada caracterización del delito. No obstante, debemos matizar alguna postura.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO señala abiertamente su opinión contraria: «en contra del parecer mayoritario, de delito de prevaricación de los funcionarios públicos es un delito de resultado; no de mera actividad». A juicio de este autor, la propia resolución arbitraria «constituye el resultado típico, producto de la conducta de “dictar” y, en la modalidad activa, casualmente unido a ella»²⁶. En su opinión, ello abre la posibilidad de que tengan lugar formas imperfectas de ejecución, tanto completa como incompletas, lo que ciertamente sería más dudoso en caso de considerar el delito como de pura y simple actividad.

Sin embargo, nos adherimos a la postura más convergente de GONZÁLEZ CUSSAC:

«La prevaricación, en cuanto a su contenido de injusto, es un delito de lesión. Pero si con el vocablo “resultado” se quiere decir que esta infracción requiere la producción de un cambio en el mundo exterior, no estamos en absoluto conformes (...) En el delito de prevaricación no se exige necesariamente ningún cambio en el mundo externo (cambio perceptible

²⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Op. Cit.* Pág. 25.

sensorialmente), sino únicamente realizar una actividad: dictar una resolución injusta...»²⁷

Mera o simple actividad no implica, por tanto, la configuración necesaria del delito como «de peligro». No producir un resultado (modificación del mundo exterior) como requisito de consumación no quiere decir, como hábilmente apunta GONZÁLEZ CUSSAC, que no haya tenido lugar una lesión. Lo que quiere decir es que dicha lesión podría no forma parte del tipo objetivo del injusto. Sencillamente, la eventual lesión puede no ser considerada por el legislador como elemento determinante de la incriminación penal.

En el caso de los delitos de simple actividad, como la prevaricación del art. 404 CP, lo cierto es que la afección al bien jurídico —en un plano teórico— es *siempre un resultado*²⁸ (la propia afección) aunque en atención a su magnitud y

²⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Op. Cit.* Págs. 24 y 25.

²⁸ ACALE SÁNCHEZ dice a este respecto que «el resultado es un elemento esencial de cualquier delito: para que el Derecho Penal pueda intervenir legítimamente habrá que realizarse siempre un comportamiento con relevancia en el mundo exterior y, por tanto, si no existe dicho “resultado”, no podrá haber delito». Algunos autores (V. LISZT, MEZGER), como señala ACALE, «en una lectura normativizada de la cuestión» han sostenido que «la realización del tipo es la acepción del resultado». ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo del injusto en los delitos de mera actividad*. Ed. Comares, 2020, pág. 78. No estamos, sin embargo, del todo de acuerdo. Sí, en la primera afirmación de la autora («el resultado es un elemento esencial de cualquier delito»), no en cuando a la visión puramente normativa del resultado. Toda acción típica ha de conllevar un resultado, más o menos aparente al mundo exterior; la acción de «realizar el tipo», la mera contravención *normativa*, no puede, a mi juicio, confundirse con el resultado indicado. Otra cosa, como venimos diciendo, es que al Derecho Penal, por cuestiones de política criminal, interese la prevención de determinados comportamientos, únicamente en función del peligro más concreto, potencial o incluso abstracto, que algunos comportamientos supongan para la convivencia social. Y sin perjuicio, que tales comportamientos puedan conllevar una lesión efectiva a bienes o derechos subjetivos. La prevaricación, en la medida que supone la adopción de una resolución administrativa ilegal y arbitraria, es evidente que podrá —de hecho, habitualmente, así sucederá— llevar aparejada la producción de un daño a los

ausencia de manifestación «en el mundo exterior» dicha afección sea calificada como situación «de lesión». Estamos, por decirlo de un modo más claro, ante la comisión de hechos que ponen en serio riesgo ciertos intereses vitales (bienes jurídicos) para la sociedad, sin que el ordenamiento jurídico exija que algún derecho subjetivo —diferente al bien jurídico protegido— sea lesionado directamente para su persecución penal. Tales intereses, se ofenden, sí, pero al Derecho Penal no le interesa si en el caso particular tiene lugar o no la efectiva lesión a terceros, o su intensidad. Pero la ofensa o «agresión» debe existir, al ser precisamente el título habilitante del Derecho Penal. Como dice VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, «en la prevaricación la agresión al bien estatal se produce a través de la lesión de un bien particular»²⁹.

En definitiva, como señala BACIGALUPO ZAPATER, «la lesión del objeto de la acción debe distinguirse de la lesión del objeto de protección»³⁰. Esta última se produce siempre, pues como es natural todo delito afecta u ofende un bien jurídico. El grado de dicha «ofensa» o el grado de magnitud del «desvalor» determinará entonces «la configuración del injusto»³¹, pero es incuestionable — desde un planteamiento dogmático— que dicha afección u ofensividad debe existir en un grado tal, que haga necesaria la intervención del Derecho Penal.

Lo que nos lleva a la consideración, como elemento fronterizo, de la consideración de las «meras desobediencias». El tema es especialmente relevante en el ámbito de la prevaricación administrativa, donde el tipo descrito en el art. 404 CP y la jurisprudencia que lo interpreta son taxativos: se exige el dictado de una resolución arbitraria y deliberadamente injusta. No estamos, por consiguiente, ante un delito de peligro abstracto, ante una simple «desobediencia» de un deber del funcionario o autoridad, eventualmente constitutiva de infracción disciplinaria. Se ha tenido que producir, por el contrario, una grave ofensa al bien

interesados en la actividad administrativa que se trate. Lo que ocurre es que ese daño es irrelevante para determinar la consumación de ilícito penal.

²⁹ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*. INAP y Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pág. 132.

³⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Pena. Parte general*, Akal, 1984, pág. 115.

³¹ ACALE SÁNCHEZ, M., *Ob. Cit.* Pág. 185.

jurídico protegido determinante de la protección penal. Como llamativamente ha señalado HIPPEL, «constituiría un disparate por parte del legislador tipificar “una pura” desobediencia que no produjese en absoluto un peligro para un determinado bien jurídico»³². Sabido es el carácter difuso de la línea divisoria entre infracción penal y administrativa. Pero, a nuestro juicio, no lo es —o no debería— en el caso de la prevaricación del art. 404 CP, tipo que exige una incontrovertida y desmedida violación de la ley, cuya traducción práctica es una ofensa al bien jurídico de tal intensidad que *inequívocamente* suponga un peligro concreto e, incluso, lesión a bienes y derechos subjetivos, aunque estos últimos sean ajenos a la mecánica operacional del tipo.

Con STRATENWERTH coincidimos, finalmente, en que es posible *combinar* todas las categorías del delito, sin que una clasificación excluya la otra³³, de tal manera que un delito de mera actividad o de resultado puede, a su vez, ser de lesión o de peligro.

³² HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeine Grundlagen*, 1971, pág. 101.

³³ STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*, Hammurabi, 2005, pág. 79.

**VII – CARÁCTER RESIDUAL
DEL TIPO DE
PREVARICACIÓN DEL
ART. 404 CP**

VII - CARÁCTER RESIDUAL DEL TIPO DE PREVARICACIÓN DEL ART. 404 CP

Coincidimos con la doctrina que ha calificado el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP como un tipo residual, subsidiario y «cajón de sastre»³⁴ a donde reconducir aquellos comportamientos *muy graves* que no encajan en algún otro tipo especial de prevaricación (arts. 320, 322, 329, 405 o 446 CP). La *gravedad*, pues, parece un elemento diferenciador respecto de otros tipos de prevaricación, en los que por su especificidad en la descripción de las conductas típicas no se exige un esfuerzo interpretativo superior. Asimismo, *emitir informe favorable a la concesión de licencia ilegal* (art. 320 CP), por ejemplo, resulta una descripción mucho más cierta y precisa que *dictar una resolución arbitraria* (art. 404 CP). La falta de seguridad jurídica deriva, por consiguiente, de tres elementos:

a) Por un lado, se recurre al tipo de prevaricación del art. 404 CP de un modo *negativo*, es decir, cuando no existe un tipo especial, mecánica que ya denota cierta complejidad del encaje.

b) Ello nos conduce al aludido concepto de *especial gravedad*. Se supone que el tipo especial ya incluye el grado de desvalor suficiente para la intervención penal; sin embargo, en el caso del art. 404 CP el juicio de valor sobre la gravedad pertenece al operador jurídico, pues la descripción típica es tan amplia que permite interpretaciones muy diversas. ¿Qué debemos entender por gravedad? La RAE define la gravedad como *enormidad, exceso*. ¿Debe tratarse, por tanto, de una resolución *enormemente o excesivamente* arbitraria? ¿En qué sentido?

La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece asentar dicha gravedad en dos clases de *ofensas*: por un lado, se deja claro que la mera

³⁴ VIRTOS LARRUSCAÍN, M.J., *EL delito de prevaricación del funcionario público en ASÚA BATARRITA* (Ed.): «Delitos contra la Administración Pública», PVAP, 1997, pág. 133.

ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, no es suficiente, pues ello supondría en la práctica anular la revisión propia del orden contencioso-administrativo. El carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal también lo impediría; por otro lado, la jurisprudencia también pone el acento en el aspecto subjetivo de la cognoscibilidad por parte del autor de la contradicción del acto administrativo con el Derecho, resaltando como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, como manifestación pura y simple de la sola voluntad de su emisor, sin el más mínimo fundamento jurídico aceptable.

OCTAVIO DE TOLEDO ha señalado su opinión sobre esta disyuntiva. A su juicio, poner el acento principal «en la entidad del desacuerdo» de la resolución con el Derecho es un completo error³⁵. Compartimos esta opinión. Cualquier acercamiento, siempre casuístico e irremediamente subjetivo, nos conduce a un camino de superposición entre el control de legalidad contencioso-administrativo y la eventual intervención del Derecho Penal. La doctrina administrativa sobre la validez de los actos administrativos incluye incluso la categoría de los llamados «actos inexistentes», concebidos como aquellos a los que falta *hasta* la propia apariencia de acto, de legitimidad, insusceptibles por sí mismos de producir cualquier clase de efectos³⁶, respecto a los cuales no ha de aplicarse si quiera la presunción de legalidad y validez (principio de ejecutividad, arts. 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre³⁷) que es propia de cualquier pronunciamiento administrativo, por inválido que pueda llegar a declararse. Esta categoría del acto inexistente, radicalmente nulo y exponente del mayor alejamiento del Derecho de una resolución administrativa pone en seria cuestión que el principio de intervención

³⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Op. Cit.* Págs. 32 y sig.

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo, Vol. 1*, Civitas, 2008, pág. 624.

³⁷ Arts. 38 y 39 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuya entrada en vigor está prevista para el 2 de octubre de 2016).

mínima del Derecho Penal se asiente, en el caso del tipo previsto en el art. 404 CP, primordialmente, en la entidad del desacuerdo con el Derecho.

A nuestro entender, dicho desacuerdo no basta. Ni es necesario demostrar un grado determinado de contradicción con el Derecho. La resolución debe ser contraria a Derecho, claro, pero debe quedar también acreditado que el sujeto activo del delito «sabe que actúa contra el ordenamiento sin otro norte que la satisfacción de un fin particular»³⁸. Es obvio que la infracción legal debe ser manifiesta, ostentosa y palmaria, términos habitualmente utilizados por jueces y tribunales. Pero esto es obvio, ya que el Derecho Penal no debe ocuparse de las infracciones consideradas leves; la cualidad esencial, por el contrario, es que la vulneración sea deliberada, querida por su autor, producto de su capricho o guiada por su sola voluntad.

Esta conclusión es, además, coherente con la admisión de la prevaricación omisiva, en comisión por omisión y, más explícitamente, respecto de la llamada prevaricación «por desviación de poder».

Como es sabido, la actividad de la Administración Pública puede ser reglada o discrecional. En el primer caso, la ley puede habilitar el ejercicio de las potestades públicas de un modo preciso —incluso con extrema precisión— lo que facilita el control de legalidad de su actuación; también puede efectuar dicha habilitación de un modo impreciso o genérico, derivado de la imposibilidad de prever toda la casuística, utilizando para ello los llamados «conceptos jurídicos indeterminados», tales como «urgencia», «justo precio», «utilidad pública», etc.³⁹. En ambos casos, la aplicación del Derecho al caso particular sólo puede ofrecer una alternativa, una única solución legítima, aun cuando en el segundo la operación sea mas complicada y requiera de una «declaración de lo que es

³⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Op. Cit.*

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, 3ª ed., pág. 35.

de derecho en el caso concreto»⁴⁰. Las potestades discrecionales, muy al contrario, son aquellas que por definición suponen la plasmación de un juicio subjetivo de la Administración al escoger entre distintas alternativas, todas ellas justas y legítimas. El control jurídico de la potestad discrecional es, obviamente, mucho más complejo, siendo necesario el empleo de las técnicas concebidas por el Derecho francés a través del *excès de pouvoir* (recurso por exceso de poder) en el primer tercio del siglo XIX⁴¹. En España, desde la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 (art. 83.3), la técnica de la desviación de poder ya es una más y así se recoge también en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (art. 48.1) y posteriores⁴².

En nuestro país, es sintomático —a efectos de lo que aquí analizamos— que la «desviación de poder» es un supuesto de invalidez del acto administrativo sancionado con la nulidad relativa o anulabilidad (arts. 63.1 de la Ley 30/1992 y 48.1 Ley 39/2015, reguladoras del Procedimiento Administrativo Común) de tal modo que su *gravidad* se presenta como menor que en el caso de las resoluciones nulas de pleno derecho, cuya relación es además *numerus clausus* (arts. 62.1 de la Ley 30/1992 y 47.1 Ley 39/2015). El efecto esencial de la anulabilidad es la

⁴⁰ FLUME, *Steuerwesen und Rechtsordnung*, en *Festschrift für R. Smend*, Göttingen, 1952, págs. 59 y sig. Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, 3ª ed., 1983, pág. 37.

⁴¹ Simplificadamente, el control de la actividad discrecional de la Administración puede hacerse: a) a través del control del fin (la desviación de poder supone un apartamiento de las finalidades de interés público y general establecidas por la CE, art. 103.1 CE); b) a través del control de los «hechos determinantes»; y c) a través del control de los principios generales del Derecho. Como señaló GARCÍA DE ENTERRÍA, «El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo», refiriéndose a todo este conjunto de técnicas de control de la actividad discrecional de la Administración.

⁴² Art. 70.2 de la vigente Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Arts. 63.1 de la Ley 30/1992 y 48.1 Ley 39/2015, reguladoras del Procedimiento Administrativo Común.

retroacción de las actuaciones y la invalidez es *ex nunc*, no como en el caso de la nulidad radical, que tiene efectos *ex tunc*, y que es insubsanable. ¿Cómo entonces sería defendible que un acto meramente anulable —por incurrir en desviación de poder— sea prevaricador? Con OCTAVIO DE TOLEDO coincidimos, por consiguiente, en que el dato de la *gravedad* no es por sí sólo relevante. Una conducta ilegal, eso sí, pero meramente anulable, puede ser prevaricadora siempre y cuando responda a una finalidad dolosa y guiada exclusivamente por la voluntad caprichosa de quien la dicta.

c) Finalmente, el tercero de los elementos que apuntarían al déficit de seguridad jurídica que predicamos de la configuración del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, deriva de su carácter de *norma penal en blanco*^{43/44}.

⁴³ GONZÁLEZ CUSSAC ha señalado, muy expresivamente, la caracterización del delito de prevaricación administrativa previsto en el art. 404 CP como norma penal en blanco, al indicar que «el tipo penal queda a merced de la legislación administrativa, y en este sentido no puede negarse su calificación como ley penal en blanco». GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 68.

⁴⁴ No obstante, GRANADOS PÉREZ opina que el delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP no constituiría una norma en blanco, sino un tipo penal con elementos normativos. En efecto —dice el autor— el art. 404 CP contiene todos los elementos que definen la conducta punible sin que sea necesario para su aplicación recurrir a una ilicitud definida en normas diversas del Código Penal. Ciertamente, la opinión de GRANADOS no nos parece asumible. Los elementos normativos del tipo requieren un juicio de valor por parte del juzgador que deberá remitirse al contexto jurídico positivo para su determinación, tales como «alevosía», «documento público» o «testamento»; para MEZGUER los elementos normativos se refieren a aquellos datos que no pueden ser representados e imaginados sin presuponer lógicamente una norma. Se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho. En el delito de prevaricación administrativa existen diversos elementos normativos del tipo, tales como «resolución» o «asunto administrativo», pero es evidente, en nuestra opinión, que el carácter «injusto» deriva de

Se entiende por norma penal en blanco aquélla que solamente contiene la sanción que corresponde a un presupuesto cuya determinación aparece en otra disposición de igual o de distinto rango⁴⁵. Ello obliga al intérprete a efectuar una labor de «recomposición» de la norma penal, que no siempre fácil.

Numerosos problemas prácticos suceden en relación con este tipo de leyes penales, cuyo examen pormenorizado excede del presente trabajo, aunque su cita sea muy conveniente, al objeto de corroborar el déficit de seguridad jurídica que tales tipos de leyes provocan, en un terreno tan sensible y exigente como es la parte general del Derecho Penal.

Desde el momento en que el tipo penal ha de ser *recompuesto* o completado, lo cierto es que la función delimitadora de la tipicidad queda necesariamente resentida más, cuando mayor dificultad tenga la recomposición; en cuanto a la función *motivadora*⁴⁶ o de prevención general, también atribuible al tipo, es evidente que su complejidad será estrictamente proporcional a la menor eficacia de dicha labor preventiva del tipo. En el plano de la antijuricidad, igualmente la norma penal en blanco ha de suponer una merma de la función indiciaria de antijuricidad o, incluso, dejar directamente de ser indicio de dicha contradicción, pues en el caso de la prevaricación lo antijurídico se traslada *en bloque*⁴⁷ a una

la legalidad de dicha resolución y de su sujeción o no al Derecho Administrativo, por lo que dicha *injusticia* no puede ser considerada meramente como un elemento normativo, sino que la norma del art. 404 CP no contiene una descripción cerrada del supuesto de hecho prohibido, o como GONZALEZ CUSSAC dice, «el tipo penal queda a merced de la legislación administrativa». GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para la Unificación de la Jurisprudencia. Años 1991-2016*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, págs. 658 y 659.

⁴⁵ SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch, 1990, pág. 351.

⁴⁶ PUIG PEÑA, F. *Derecho Penal. Parte General*. Revista de Derecho Privado, 1998, pág. 181.

⁴⁷ GARCÍA ARAN entiende por remisión «en bloque» aquella en la que la infracción de la normativa administrativa se convierte en un elemento típico. Y al decir “infracción”

norma extrapenal. La ley penal debe contener, como ha dicho el Tribunal Constitucional en STC 120/1998, de 15 de junio, «el núcleo esencial de la prohibición», aparte de señalar la pena, y la norma complementaria, por su parte debe contener «un elemento inesencial de la norma remitida».

Con el fin de garantizar que el ciudadano pueda programar su comportamiento sin temor a injerencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado, BACIGALUPO ha defendido la necesidad de que la norma complementaria contenga una «cláusula de remisión inversa» que permita a sus destinatarios saber que la infracción está amenazada con una sanción, debiendo evitarse remisiones genéricas a preceptos que *se ignora dónde están*⁴⁸ y exigirse que los preceptos complementadores, a su vez, sean claramente determinados⁴⁹. GARCÍA ARÁN ha señalado también, muy gráficamente, que algunas remisiones indiscriminadas a reglamentos obligan a debatirse en «auténticas selvas normativas» que no por publicadas y vigentes dejan de ofrecer dificultades para precisar el ámbito exacto de la punición⁵⁰.

Precisamente, otro de los problemas derivados del carácter de norma en blanco es el relativo al rango de la norma de reenvío.

de la normativa administrativa se refiere la autora a la contravención de dichas normas como hecho sobre el que recae el desvalor penal, o lo que es lo mismo, «se sanciona penalmente la desobediencia a la norma administrativa», que es lo que sucede específicamente en el caso del delito de prevaricación del art. 404 CP. GARCÍA ARÁN, M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, Estudios Penales y Criminológicos, nº 16, 1992-3, págs. 63-104.

⁴⁸ Un estudio de 2009 del Instituto de Empresa (IE) «*Regulation, Productivity and Innovation in Spain*» pone de manifiesto la existencia de más de 100.000 normas vigentes en España, pudiendo existir unas 67.000 de carácter autonómico y más de 4.000 solo en materia medioambiental.

⁴⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sanciones administrativas*, Ed. Colex, 1991, pág. 29. Y en *Principios de Derecho Penal*, Ed. Akal, 1990, pág. 97.

⁵⁰ GARCÍA ARÁN, M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, en Estudios Penales y Criminológicos, nº 16, 1992-3, pág. 82.

Difícilmente podrá integrar el delito de prevaricación del art. 404 CP una hipotética vulneración de una norma meramente reglamentaria, que no tenga claro sustento en una norma con rango formal de ley (un reglamento independiente, en definitiva), pues ello podría suponer una vulneración del principio de estricta legalidad penal del art. 25 CE. El problema del rango del complemento de la ley en blanco fue precisamente abordado por la citada STC 120/1998, de 15 de junio, señalando el Tribunal que:

«La Constitución ni impone ni prohíbe que el complemento extrapenal de una ley punitiva en blanco haya de estar previsto por una disposición que tenga el rango de ley orgánica. Reiteradamente hemos señalado, además, que la reserva de ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que estas contengan remisiones a los Reglamentos administrativos, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada la Ley, pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña».

Por último, la norma penal en blanco también nos plantea consideraciones sobre ley penal aplicable *en el tiempo*, concretamente sobre el principio de retroactividad absoluta que proclaman los arts. 25 CE y 2 CP.

A este respecto, se considera mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia⁵¹ que a la norma extrapenal se le aplique dicho principio de irretroactividad absoluta, de tal modo que las eventuales modificaciones de la norma de reenvío afectarán necesariamente al contenido del tipo⁵². Existe, pues,

⁵¹ SAINZ CANTERO, J.A., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch, 1990, pág. 396.

⁵² GARCÍA ARÁN dice: «Las consecuencias son evidentes: sin infracción administrativa no existe delito, e incluso, la conducta sería impune en la hipótesis de derogación o inexistencia de la normativa administrativa. Se trata, por tanto, de remisiones abiertas o, si se quiere, “ciegas”, en las que el legislador penal admite cualquier contenido extrapenal como apto para integrar la conducta punible». Se está refiriendo la profesora GARCÍA ARÁN a las remisiones «en bloque» a las que antes se ha hecho referencia, como sucede en el caso típico de la prevaricación genérica del art. 404 CP: «Es

acuerdo doctrinal en entender que las reformas de las disposiciones complementarias extrapenales que supongan una mutación de la valoración jurídica deben ser consideradas a los efectos del art. 2.2 CP, al hacer desaparecer la necesidad preventivo general y especial de penar el supuesto.

La norma penal en blanco, por otro lado, viene a desempeñar una necesaria función de impedir el *deterioro* legislativo de la norma penal⁵³, sin bien también debe cumplir ciertos requisitos de validez que como hemos destacado afectan directamente a los principios esenciales de la dogmática penal tradicional.

la contravención de la norma administrativa sobre la que recae el desvalor penal», señala. GARCÍA ARÁN, M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 16, 1992-3, pág. 74.

⁵³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 1993, pág. 36.

**VIII – LOS ELEMENTOS DEL
TIPO DE PREVARICACIÓN
DEL ART. 404 CP**

VIII - LOS ELEMENTOS DEL TIPO DE PREVARICACIÓN DEL ART. 404 CP

Analizamos ahora, desde una perspectiva jurisprudencial y práctica, los distintos elementos típicos del delito de prevaricación administrativa previsto en el art. 404 CP.

El art. 404 CP castiga:

“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”.

Precepto redactado conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, que eleva la pena de inhabilitación máxima, que anteriormente era de siete a diez años e introduce la relativa al derecho de sufragio pasivo.

Los elementos, pues, del tipo descrito son los siguientes:

- a) La condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo del delito.
- b) La producción de una resolución.
- c) Que dicha resolución tenga al carácter de resolución dictada en un asunto administrativo.
- d) Que lo resuelto sea o arbitrario y materialmente injusto.
- e) Que el dictado de la resolución se haya realizado a sabiendas de su arbitrariedad.

8.1.- CONCEPTO DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO

El delito de prevaricación administrativa es un delito especial «de deber»⁵⁴, siendo requisito de tipicidad objetiva que su autor tenga la condición de funcionario o autoridad pública, con arreglo a la definición establecida por el Código Penal.

Ello será determinante de su autoría, que no de su participación por otros títulos (cooperación, complicidad, inducción), al igual que la necesidad de mantener la llamada «unidad del título de imputación», dado que, al ser un delito especial *proprio*, no es posible sancionar al partícipe en virtud de otro tipo penal común, al no existir, como hemos dicho, ningún delito común equivalente.

El art. 24 CP establece que:

“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Aun cuando el CP efectúa una distinción entre autoridad y funcionario, lo cierto es que el delito de prevaricación (como todos los tipos relativos a delitos contra la Administración Pública y la gran mayoría de los tipos penales) se refiere indistintamente a una u otra figura, por lo que la diferencia carecería de importancia a efectos prácticos⁵⁵.

⁵⁴ ROBLES PLANAS, R., Ob. Cit.

⁵⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO señala que «en beneficio de la economía legislativa y a partir de considerar que esa relación de absorción está más que asentada en la práctica y en la teoría jurídicas, a la ley, que no debe considerar a sus destinatarios ni

Como ha señalado FEIJÓ SÁNCHEZ, la autoridad no es más que una especie de un género más amplio, que es el funcionario público⁵⁶.

En todo caso, lo que sí conviene destacar es que la doctrina y jurisprudencia entienden ambas figuras de un modo muy amplio, incluyendo a sujetos y situaciones muy dispares, siendo lo relevante que los mismos ejerzan mando o jurisdicción, abarcando posiciones que mucho más allá que el concepto propio o jurídico-administrativo de autoridad y de funcionario. En fin, el elemento esencial no es otro que la situación material de dominio de la función pública, con independencia de la titularidad del cargo, la situación administrativa u otras posiciones laborales, estatutarias, en entes institucionales o con forma societaria mercantil, etc. Como ha dicho algún autor, las fórmulas que integran el concepto jurídico-penal de funcionario público «constituyen categorías dúctiles en manos del intérprete»⁵⁷. Así, a título de ejemplo, serían considerados funcionario o autoridad a efectos penales el personal laboral o estatutario, recaudadores de empresas concesionarias, concejales, autoridades honoríficas, interinos o suplentes, titulares de empresas participadas o mixtas, de colegios profesionales, cofradías, entidades consuetudinarias, fundaciones, entidades privadas colaboradoras..., todos ellos en virtud del ejercicio material de funciones públicas. Así, la STS de 30 de diciembre de 1996 (FJ 1º, Ponente Sr. Montero Fernández-Cid), señala:

«El concepto de funcionario es distinto en las esferas administrativa y penal, ya que en esta última lo que interesa es la participación, en una u otra forma, en las funciones administrativas del Estado de las Corporaciones, con independencia de los medios o formas que haya sido llamada a desempeñarlas...»

sabios ni lerdos, le hubiera bastado con indicar a los “funcionarios públicos” como sujetos activos». OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., Ob. Cit., pág. 21.

⁵⁶ FEIJÓ SÁNCHEZ, B., *Comentarios al Código Penal*, obra conjunta dirigida por RODRIGUEZ MOURULLO, Ed. Civitas, 1997, pág. 1088.

⁵⁷ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*. INAP y Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pág. 341.

También, la STS de 5 de abril de 2002, Ponente Sr. Abad Fernández (FJ 20º) indica que

«el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública (...), en el ámbito del Derecho Penal lo que importa es proteger penalmente el ejercicio de la función pública en orden a sus propios fines, garantizando a un tiempo los intereses de la Administración (y su prestigio) y los de los administrados».

Con ese planteamiento, la STS de 5 de abril de 2002, afirma que el director de una sociedad municipal con forma mercantil, nombrado por designación directa de un órgano de la misma, que como tal ejerce funciones públicas, tiene a efectos penales la condición y calidad de funcionario público.

El Código Penal propone así un concepto «en nada coincidente» con el que se deriva del Derecho administrativo, desde una perspectiva «más funcional que formal»⁵⁸, abarcando cualesquiera actuaciones o actividades que puedan encuadrarse en la órbita de lo público⁵⁹.

Ahora bien, esta perspectiva *funcional* nos obliga a ahondar en la verdadera extensión y naturaleza de la función desempeñada, al objeto de determinar si la exigencia personal «de cumplimiento de un deber» en cada caso colma el tipo penal de la prevaricación. Es decir, debe conocerse si las funciones que cualifican el tipo, si el «deber» transgredido por la autoridad o funcionario, en virtud de su naturaleza, se proyecta específicamente sobre el bien jurídico protegido por el delito, pues en otro caso el sujeto podrá ser castigado como partícipe *extranei*,

⁵⁸ DE LA MATA BARRANCO, N., *El funcionario público ante el Derecho Penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 20, 2010. Para un examen más exhaustivo del concepto, OLAIZOLA NOGALES, I., *Concepto de funcionario público a efectos penales*, en *Delitos contra la Administración pública*, IVAP, 1997, pág. 77 y siguientes; VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Reflexiones sobre los conceptos penales del funcionario público, función pública y personas que desempeñan la función pública*, en Cuadernos de Política Criminal, nº 62, 1997, págs. 435-498; Y, JAVATO MARTIN, A., *El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales*, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 23, 2011.

⁵⁹ Es el Código Penal español de 1870 (art. 416) el que ya establece dicha noción ampliada, casi invariable en su concepto hasta la actualidad.

pero nunca como autor, aun cuando tenga la condición de autoridad o funcionario, ya que la extensión o naturaleza de las funciones propias del cargo no abarcarían el desvalor proscrito por el tipo penal.

El bien jurídico protegido por el tipo base del art. 404 CP es el *correcto funcionamiento de la Administración Pública* con arreglo a los principios de eficacia, imparcialidad, objetividad, sometimiento a la Ley e interdicción de la arbitrariedad, en el marco de un Estado Democrático y de Derecho (STS de 14 de noviembre de 2000, entre otras muchas), por lo que la jurisprudencia ha abandonado definitivamente la concepción que basaba el entorno de la protección en el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo (dignidad de la función). De este modo, la condición de autoridad o funcionario, a efectos de autoría, no deriva — como se sostiene — de una posición estrictamente formal, sino funcional u operativa, necesariamente proyectada sobre el ámbito de protección penal.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE cita la doctrina italiana (PEDRAZZI) para hacer referencia a esta misma perspectiva, al destacar que una cosa son las incriminaciones que cumplen una función de refuerzo de la disciplina interna y otras son aquellas que, desde un punto de vista funcional, persiguen o reprimen el abuso de los poderes estatales o la instrumentalización de la situación que dimana del ejercicio de funciones públicas. En este último caso estaríamos hablando de funciones tan específicas que ni siquiera todo funcionario público podría ser sujeto activo del delito, sino sólo aquéllos en cuya órbita de competencias se encuentre el asunto al que se refiera⁶⁰.

El repetido criterio funcional se destaca *in fine* en el apartado 2 del art. 24 CP, previa indicación de que las funciones han de provenir por *disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente*, expresiones ciertamente equívocas por poder subsumirse todas ellas en la primera, pues la «disposición legal» engloba cualquier elección o nombramiento. El apartado 1 del art. 24 CP⁶¹ señala igualmente, en relación las autoridades, el «mando o jurisdicción», que debemos interpretar en el mismo sentido.

⁶⁰ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Ob. Cit.*, págs. 310 y 336. Con cita de VALEIJE ÁLVAREZ y de GRACIA MARTÍN y, en la doctrina italiana, PEDRAZZI.

⁶¹ El Código Penal de 1995 introdujo, como novedad, la mención expresa de los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de

Por otro lado, el art. 24.2 CP hace referencia expresa a la «participación» en las funciones públicas. Si se ha perfilado subjetivamente la extensión del concepto de funcionario, corresponde también determinar el alcance material u objetivo de la «participación» en dichas funciones, pues el conocido fenómeno de «huida del Derecho Administrativo», así como la cada vez mayor intervención pública en la economía de mercado y en la producción de bienes y servicios mediante contraprestación, ha dado lugar en los últimos tiempos a la aparición de un buen número de entes instrumentales o de naturaleza vicarial cuyas «funciones» es preciso definir si son, o no, públicas.

Aunque la doctrina se ha esforzado para ofrecer dicha precisión, lo cierto es que entendemos que no cabe hacer más que un análisis casuístico en atención a una multiplicidad de factores o variables. Lo relevante será que materialmente y con total independencia de la forma jurídica o apariencia instrumental, se realicen actos que impliquen autoridad y que redunden en la esfera de la Administración titular de la potestad que se trate; que haya de aplicarse, en definitiva, el Derecho público, aun en el caso de que con arreglo a la doctrina de los «actos separables»⁶² haya una parte de la actividad que esté sometida a las reglas del Derecho privado⁶³.

las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo, en aras de una mayor precisión, aun cuando ya se les viniera considerando como tales autoridades a efectos jurídico-penales.

⁶² Sobre esta doctrina de los «actos y cuestiones separables», ver GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ed. Civitas, 2008, pág. 62.

⁶³ Piénsese, por ejemplo, en el caso de las sociedades mercantiles de capital público, o mixtas, «que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general», que incluso pueden ser penalmente responsables como personas jurídicas, a tenor del art. 31 quinquies, párrafo 2, del Código Penal.

8.2.- LA RESOLUCIÓN PREVARICADORA

El art. 404 CP castiga a la autoridad o funcionario que *dictare una resolución arbitraria* en un asunto administrativo. Corresponde, por consiguiente, profundizar sobre qué debemos entender por resolución a estos efectos.

La principal cuestión para dilucidar aquí es la posible asimilación entre la noción a efectos del tipo de prevaricación del art. 404 CP y el concepto jurídico-administrativo de resolución, principalmente del art. 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC) u 88 de la reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre (LPAC).

Recordemos que el subprincipio de taxatividad penal (*lex certa et stricta*) hace que la cuestión no sea ni mucho menos inocua y que existan determinados puntos de fricción que es necesario analizar.

En primer término, conviene diferenciar el género de los *actos administrativos*, como categoría o institución jurídica, de la especie de los *actos resolutorios* (o, si se prefiere, resolución a secas). Los actos «resolutorios» son aquellos que *ponen fin* al procedimiento administrativo y *deciden* las cuestiones que en el mismo se han planteado. Estas son, a tenor de los arts. 89 LRJPAC u 88 LPAC, las dos notas que los caracterizan, sin que deba confundirse resolución con *acto recurrible*, pues pueden no ser coincidentes⁶⁴.

Siguiendo la conocida definición de ZANOBINI⁶⁵, entendemos por acto administrativo toda «declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria».

Esta clásica y tradicional definición del insigne profesor italiano es comprensiva de diferentes muestras de la actividad propia de la Administración, ya sea decisoria, preparatoria, declarativas de conocimiento o de mera propuesta (de *deseo*), pero excluyente —y esto es capital para su puesta en relación con el tipo penal— de ciertas actividades *materiales* que no responden a un pronunciamiento o declaración intelectual (actos no jurídicos) y de los actos

⁶⁴ Se estaría confundiendo la consecuencia con la causa de la distinción, tal y como expresan GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Ob. Cit.*, pág. 577.

⁶⁵ Parcialmente «corregida» por GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Ob. Cit.*, pág. 552.

jurídicos dictados por la Administración pero no sujetos a Derecho Administrativo. Veamos ambos casos.

a) Actividad material de la Administración.

Por actividad técnica o material de la Administración entienden los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, aquélla que la Administración ejerce sin implicar ninguna modificación de situaciones jurídicas o la producción de efectos jurídicos específicos ligados a su sola emanación, con arreglo a la *regulae artis* y no a postulados jurídicos. Se trata de declaraciones o ejecuciones que no alteran una situación o relación jurídica preexistente, aunque, como es natural, la misma esté regulada por el Derecho⁶⁶.

La realización material de infraestructuras, la prestación de servicios, la redacción de proyectos, las labores de vigilancia, etc., son actividades que no consisten en la emisión de resoluciones que innoven o declaren relación jurídica alguna. Por ello, muy difícilmente podrán encajar en el supuesto típico de la prevaricación administrativa del art. 404 CP.

b) De otro lado, nos encontraríamos con los llamados actos de la Administración, pero no sujetos al Derecho Administrativo, sino al Derecho privado, laboral u otras ramas.

En estos supuestos, para considerar su posible incriminación como conducta prevaricadora, deberíamos atender a dos criterios elementales: por un lado, que en el caso particular la autoridad o funcionario esté ejerciendo verdaderamente funciones de naturaleza pública. Es evidente, por ejemplo, que la celebración de un simple contrato de arrendamiento en el que intervenga la Administración no constituye ni puede asimilarse al ejercicio de funciones públicas. Sin embargo, por otro lado, en todo acto de la Administración, aun sustantivamente sujeto al Derecho privado u otros, existe un núcleo irreductible de la decisión cuya formación pertenece al ámbito del Derecho Administrativo, doctrina consolidada que ha venido a denominarse «de los actos separables», anteriormente comentada.

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Ob. Cit.*, págs. 825 y 826.

Siguiendo a los mismos autores, GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, podemos destacar que la Administración es una organización pública cuyo proceso de formación de la voluntad se rige por un procedimiento igualmente público y tasado. La Administración, en cuanto maneja fondos públicos, debe atenerse a los presupuestos aprobados y no puede gastar sino cuando existe crédito presupuestario suficiente; tampoco puede contratar con quien desee, sino con quien resulte el licitador seleccionado en los diferentes supuestos marcados por la legislación de contratos del sector público. En fin, que por muy privada que sea la relación jurídica en la que se intervenga, la preparación y formación de la voluntad de la Administración se conforma con arreglo al Derecho Administrativo, que es precisamente el núcleo irreductible al que nos referíamos⁶⁷.

En este sentido, es indudable que puede existir una resolución administrativa que, por ser adoptada de un modo viciado y arbitrario, pudiera integrar el tipo del art. 404 CP, pese al carácter privado de la relación, o no siendo el asunto sustantivo «un asunto administrativo», como exige el tipo.

Definido y perfilado ya el *acto administrativo*, como género y excluyendo los actos materiales y los no sujetos al Derecho Administrativo, nos centramos en la distinción respecto a la especie de acto *resolutorio*.

Tal contenido decisorio es exigido de forma unánime por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo citarse *ad exemplum* la STS de 3 de mayo de 2012, Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón, FJ 14:

«Como ya se ha expresado la jurisprudencia y la doctrina entienden por "resolución" todo acto de la Administración Pública **de carácter decisorio** que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados o a la colectividad en general, y que resuelve sobre un asunto con eficacia ejecutiva, quedando por tanto excluidos, de una parte, los actos políticos, y, de otra, los denominados actos de trámite (v.gr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable

⁶⁷GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RÓDRIGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ed. Civitas, 2008 pág. 62.

la resolución definitiva, (SSTS de 28 enero 1998 , 12 febrero 1999 , 27 junio 2003 , 14 noviembre 2.003 , 9 abril 2007 , 1 diciembre 2.008 , 1 julio 2009 , 2 febrero 2011 , entre otras).

En la reciente sentencia núm. 48/2011, de 2 de febrero, con remisión explícita a la de 27 de junio de 2.003, se dice textualmente que: "Según el Diccionario de la Real Academia Española, resolver es "tomar determinación **fija y decisiva**". Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos **ejecutivos** una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene **carácter final**, en el sentido de que decide sobre el **fondo del asunto** en cuestión.

La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutivo es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedido de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el "thema decidendi". Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como "actos de trámite", lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, **en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto.**

Así es, desde luego, en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impone a la Administración la obligación de "dictar resolución expresa en todos los procedimientos" (art. 42,1). Y en su art. 82,1, afirma que "a efectos de resolución del procedimiento, se solicitarán (...) informes". Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de "la resolución" como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al "contenido" de las resoluciones administrativas, dice que la resolución "decidirá todas las cuestiones planteadas" y que la decisión "será motivada".

A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal "resolución" del art. 404 Código Penal, debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de "autoridades o funcionarios públicos", que son las categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito especial propio de que se trata (STS 48/2011, de 2 de febrero)".

En el mismo sentido la sentencia núm. 38/1998, de 23 de enero, concreta el concepto de resolución, a efectos penales, en "el acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados", estimando que "lo esencial es que tenga un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración".»

Se han resaltado de esta STS las menciones al «carácter decisorio», «fijo y definitivo», «final», «de fondo», «sentido material» o «declaración de voluntad», pues son bien expresivas de la naturaleza que ha de tener la *resolución* para cubrir las exigencias del tipo de prevaricación del art. 404 CP.

Conforme a lo anterior, no integrarían el tipo de prevaricación administrativa *residual* las conductas consistentes en la emisión de informes durante la tramitación del procedimiento, sean de la naturaleza que sean⁶⁸ (arts.

⁶⁸ La STS de 30 de junio de 2009, Pte. Sr. Delgado García, FJ 8, señala: «como bien dice aquí el Ministerio Fiscal, este delito de prevaricación solo lo puede cometer el funcionario que dicta una resolución injusta o arbitraria, no aquel que se limitó a informar como trámite previo a esa resolución». También, la STS de 17 de febrero de 1995, Pte. Sr. Carrero Ramos, dice: «sin que pueda prosperar su postulación de que un informe es "resolución" y es ésta la condición exigida expresamente por el artículo 358 como elemento fundamental del tipo delictivo. Y aún reconoce también que tal informe no era vinculante para el órgano ejecutivo, la ya citada Jefatura Provincial, lo que conduce aclarar por si quedara alguna duda que el Ayuntamiento no era órgano ejecutivo y no podía resolver por sí con tales efectos. No es de recibo el argumento de que el artículo penal al hablar de resolución no distingue si es ejecutiva, de puro trámite o informativa. Lo que no cabe duda es que al llamarse resolución supone en sí misma un efecto ejecutivo, tiene que ser la decisión del tema que se le ha sometido».

82 y 83 LRJPAC, 79 y 80 LPAC), ni tampoco la emisión de actos de trámite, es decir, actos preparatorios o secuenciales que integran el procedimiento administrativo pero que no resuelven la cuestión de fondo ni suponen una decisión final sobre las cuestiones que en el mismo se plantean.

Ello, no obstante, no obsta para que los autores de dichos informes o actos de trámite puedan considerarse partícipes, a título de cooperación necesaria, complicidad o inducción, lo que será objeto de examen más preciso en otro apartado de este trabajo.

Finalmente, hay que indicar que no es requisito indispensable que la resolución prevaricadora se haya dictado por escrito; lo relevante es su contenido decisorio, de fondo y su completa acreditación. A estos efectos, el art. 55 LRJPAC (36 LPAC) permite excepcionalmente la emisión de actos verbales, sin perjuicio de su posterior constancia por escrito. A nivel jurídico-penal, por consiguiente, no existe inconveniente alguno en este sentido⁶⁹.

8.3.- EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA PREVARICACIÓN POR OMISIÓN

Conocido es que nuestra jurisprudencia admite la prevaricación omisiva, si bien ello obedece a un cambio de criterio del Tribunal Supremo, expresado en Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 30 de junio de 1997.

El tipo de prevaricación por omisión «pura» no existe, por lo que en realidad solo puede existir prevaricación «en comisión por omisión», con arreglo a los supuestos previstos en el art. 11 CP, es decir:

⁶⁹ La STS de 16 de junio de 2016, Pte. Sr. Saavedra Ruíz, FJ 3.2, dice: «Por lo que hace al tipo objetivo el Ministerio Fiscal tiene razón. En cuanto al concepto de resolución administrativa, a efectos de su subsunción en el artículo 404 CP, porque no debe ser interpretado de manera rígida, como ha señalado repetidamente nuestra jurisprudencia, que incluso ha admitido resoluciones verbales».

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción una omisión precedente.

Así se expresa la STS de 25 de septiembre de 2012, Pte. Sr. Varela Castro, FJ 12:

«Pero cuando, ante la ausencia de específica previsión del tipo de omisión propia o pura se pretende, la sanción a título de comisión por omisión no puede prescindirse del presupuesto de equivalencia exigido en el artículo 11 del Código Penal. Precisamente porque la tal equiparación se tiene por concurrente conforme a la ley administrativa citada entre actos presuntos y expesos, se admitieron en tales hipótesis la modalidad de comisión por omisión del delito del artículo 404 del Código Penal.

En la Sentencia 1382/2002 de 17 de julio, se reiteró la doctrina nueva cuando dijimos: En relación a la posibilidad de prevaricación por omisión, es cuestión que si fue polémica, ha dejado de serlo en esta sede casacional a partir del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 30 Junio 1997 que en una reinterpretación del tipo penal, a la vista de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, viene a otorgar a los actos prescritos (debe decir presuntos), en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa. Parece evidente que tanto se efectúa la conducta descrita en el tipo penal “... la autoridad... que... dictase resolución arbitraria...” de manera positiva, es decir dictando la resolución como no respondiendo a peticiones que legítimamente se le planteen y respecto de la que debe existir una resolución, pues ésta, también se produce por la negativa a responder. En este sentido son numerosas las resoluciones de esta Sala que admiten la comisión por omisión de este delito, SSTS 1880/94 de 29 Octubre, 784/97 de 2 Julio, 426/2000 de 18 Marzo y 647/2002 de 16 Abril, entre otras».

La doctrina expuesta, a nuestro parecer, es errónea y poco comprensible. Lo intentamos explicar.

La comisión por omisión (supuestos en los que el tipo no contemple dicha modalidad expresamente) solo puede tener lugar, según el art. 11 CP —este es un dato positivo— en aquellos delitos que sean «de resultado» y en los que se dé alguna de los dos supuestos antes transcritos (obligación legal/contractual o situación de riesgo para el bien jurídico protegido).

La conexión con la norma administrativa, LRJPAC (o nueva LPAC), dice el Tribunal Supremo, deriva de que esta Ley hace equivaler incumplimiento de la obligación general de resolver en plazo todo procedimiento (art. 42 LRJPAC o 21 LPAC), en determinados casos, que son, según el art. 24 LPAC:

«En los procedimientos iniciados por a solicitud del interesado, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general.

El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado».

Pero lo cierto es que tal previsión legal, que el silencio administrativo estimatorio —en los casos así previstos— equivalga «a todos los efectos» (art. 24.2 LPAC) a un acto expreso, no hace sino evitar la comisión por omisión, pues la resolución entonces existiría, sin que pudiéramos hablar de una *fictio iuris* o «acto presunto», tal y como fue denominado en la redacción original de la Ley 30/1992, ya derogada. El acto dictado por silencio administrativo, en los escasos supuestos en que verdaderamente se produzca —pues las limitaciones legales son más que numerosas— es un «verdadero acto» que ha tenido lugar, eso sí, como consecuencia de la inactividad de la Administración dentro del plazo establecido, pero que nace al mundo del Derecho a todos los efectos, hasta el punto que puede y debe certificarse, no como una ficción legal; y hasta el punto de que una resolución expresa posterior no podrá ir en sentido contrario al «ya resuelto», pues ello implicaría de ordinario la vulneración del principio administrativo de irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos (art. 105 LRJPAC o 109 LPAC).

Cuando opera el silencio administrativo positivo no hay, en puridad, omisión en la producción de la resolución (aunque ello sea un oxímoron). Realmente se produce una resolución que ha sido dictada y cuyo contenido se establece *ope legis*.

A fortiori, el incumplimiento del deber de resolver no es la conducta prevista en el art. 404 CP. Tampoco está justificado que la prevaricación omisiva solo pueda tener lugar en «procedimientos iniciados a solicitud del interesado».

Y, por otro lado, ¿es el delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP un delito «de resultado» a efectos del art. 11 CP? Ya nos hemos referido extensamente en este trabajo a la misma cuestión, citando incluso alguna sentencia (STS 391/2014, de 8 de mayo (FJ 11) Ponente, D. José Manuel Maza Martín) y concluyendo que mayoritariamente doctrina y jurisprudencia entienden que es un delito de «mera actividad», lo que pondría en cuestión, de acuerdo con el art. 11 CP, que la prevaricación pudiera cometerse por omisión.

En todo caso, lo cierto es que desde el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997⁷⁰, y en toda la jurisprudencia

⁷⁰ La STS, de 2 de julio de 1997, Pte. Sr. Granados Pérez, FJ 1, inmediata a la adopción del Acuerdo, señala: «Si bien es cierto que esta Sala ha sostenido en reiterados precedentes

posterior tal posibilidad se admite. Cosa bien distinta, es que el fundamento jurídico de la misma haya de establecerse en virtud de una correspondencia firme y directa con las previsiones del ordenamiento jurídico-administrativo, en relación con la institución del silencio administrativo, mucho más compleja y con un sentido teleológico totalmente distinto al perseguido por la norma penal.

El silencio administrativo ha sido considerado siempre como una «cláusula de cierre», protectora de los derechos del ciudadano en sus relaciones con la Administración, de tal manera que el vencimiento del plazo máximo de resolución de los procedimientos le habilitarían para la inmediata interposición de los recursos o, eventualmente, para iniciar la actividad o interés solicitado, en el caso que la Ley así lo permita (caso del silencio *positivo*); sin perjuicio de otras «cláusulas de cierre» complementarias que a su vez habilitarían la respuesta de la Administración en defensa de la legalidad o del interés general. Así, por ejemplo, son más que habituales los supuestos en los que la legislación sectorial contempla preceptos de muy difícil comprensión y encaje como que «en ningún caso podrán entenderse adquiridos derechos o facultades por silencio administrativo cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», cláusulas o disposiciones que en realidad vienen a invertir el sentido del silencio, generalmente admitido como «positivo» o, siendo más preciso, «estimatorio». En definitiva, no podemos caer en el automatismo de entender que la prevaricación

que, en principio, no cabe la comisión por omisión del delito de prevaricación, tal premisa jurisprudencial admite excepciones en los casos especiales en los que era imperativo para el funcionario dictar la resolución y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación. Este criterio es consecuencia del significado jurídico que tiene el silencio de la Administración, que equivale a una denegación y abre la vía del recurso correspondiente (cfr. arts. 42 y siguientes de la Ley 30/1992). El deseo de que el Tribunal Supremo cumpla su misión esencial de unificar el orden jurídico determinó que esta cuestión se sometiese al Pleno de la Sala que en una reunión celebrada el 30 de junio de este año se decantó a favor de la admisibilidad de la comisión por omisión especialmente tras la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que viene a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa».

omisiva deriva y está conectada con la pura y simple equivalencia de la resolución exigida por el art. 404 CP con la resolución «producida por silencio»⁷¹, pues su finalidad es bien diferente.

Las razones del Tribunal Supremo —plasmadas en su Acuerdo de 1997 y seguidas por la jurisprudencia posterior— son más simples. Con arreglo al art. 11 CP, cuando el tipo omisivo propio no existe, caso de la prevaricación del art. 404 CP, solo será punible la omisión impropia, que tiene lugar cuando el dictado de la resolución *debió hacerse* (por disposición legal o contractual) y no se hizo, deliberadamente, por capricho, ocasionando un resultado materialmente injusto; o, cuando con ocasión de tal abstención se creó un *riesgo no permitido* para el bien jurídico atendido por el delito, concepto que nos conduce a la llamada *posición de garante*.

Aunque se trate de una cuestión de *autoría*, de la que nos ocuparemos más tarde, podrá entonces incurrir en delito de prevaricación, en comisión por omisión, aquél que, en relación con el bien jurídico protegido, esté directa e inequívocamente encomendado a la producción de la resolución y no lo haga, por puro capricho o arbitrariamente, en cuyo caso la punición sería en calidad de autor. Más forzada, pero posible, según nuestro criterio, sería la incriminación de aquél igualmente vinculado por una norma para impedir la producción del efecto jurídico de la omisión prevaricadora y con su pasividad, contribuyere decisivamente —con dolo— a tal inactividad, cuando precisamente la actividad es lo debido, desencadenando finalmente el resultado materialmente injusto y arbitrario. Estaríamos hablando de un sujeto pasivo *extranei*, cómplice, cooperador o inductor, en comisión por omisión.

La STS de 16 de septiembre de 2010, Ponente. Sr. Marchena Gómez, analiza esta «complicidad omisiva» en los siguientes términos:

«Es cierto que la doctrina ha admitido, no sin controversia, la denominada complicidad omisiva, que encontraría su espacio natural como forma de participación en los delitos de omisión. Se trataría de calificar así aquellas conductas que encierran una forma de apoyo psicológico al autor principal y que actuarían como verdadero aporte en el hecho. Desde esta

⁷¹ Nótese la incongruencia: no existe resolución del 404 CP (estamos ante una «omisión») pero sí existe, al haber sido dictada por silencio.

perspectiva, la omisión del cómplice, sin ser causal para la acción del autor principal, implicaría no determinar al autor a la ejecución de la acción a la que éste resulta obligado (STS 314/2010, 7 de abril).

La jurisprudencia de esta Sala, si bien ha reconocido expresamente que la admisibilidad de una participación omisiva es de difícil declaración, ha aceptado ésta, asociando su concurrencia a la de los elementos propios del art. 11 del CP, entre ellos, que el omitente ocupe una posición de garante (STS 1273/2004, 2 de noviembre). De ahí que sea posible incluso en los delitos de acción, cuando la omisión del deber de actuar del garante haya contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión y que podría haberse evitado o dificultado si hubiera actuado como le exigía su posición de garante (SSTS 19/1998, 12 de enero, 67/1998, 19 de enero, 221/2003, 14 de febrero).

La jurisprudencia de esta Sala, en relación con la complicidad omisiva impone la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un presupuesto objetivo, esto es, el favorecimiento de la ejecución; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante (STS 1480/1999, 13 de octubre).

En palabras de la STS 185/2005, 21 de febrero, el mero conocimiento de la comisión del delito y la pasividad ante ello, excepto en los concretos supuestos de responsabilidad derivada de la ocupación de una específica posición de garante, legalmente prevista, no alcanza a constituir una forma de participación típica en esa comisión, por lo que el sujeto ha de llevar a cabo, en todo caso, actos de verdadera entidad y eficacia en relación con la ejecución del delito por el autor principal. (...) De concebirse la complicidad con tal amplitud que cualquier actividad, por irrelevante que fuere, siempre que se lleve a cabo por quien conoce la perpetración del delito, resultase identificable con esta forma de participación punible, acabaríamos encontrándonos no sólo con una indeseable hipertrofia de la categoría y con el incumplimiento del principio de legalidad, por ampliación indebida de los términos del precepto penal que la define, sino, lo que es más grave, con la

pérdida de la referencia del verdadero fundamento punitivo de la figura del cómplice, que no es otro que el expuesto por la denominada «doctrina del favorecimiento», que encuentra justificación a esta forma de participación y a su castigo en el incremento del riesgo, la intensidad y mayor peligro de lesión del bien jurídico protegido por la norma penal tipificadora de la infracción, que la ayuda accesoria del cómplice añade a la conducta llevada a cabo por el autor principal. Es por ello, en consecuencia, por lo que se hace preciso y resulta indispensable, en todo caso, analizar en qué forma la conducta atribuida al sujeto «cooperó» realmente a la ejecución del delito, con eficacia incluso de mero favorecimiento y vinculación de causalidad con la agresión antijurídica realizada por el autor».

Por consiguiente, podemos observar las extraordinarias cautelas que pone el Tribunal Supremo a la hora de reconocer la posible complicidad omisiva en el delito de prevaricación, que si bien es posible, debe ser objeto de un minucioso examen y motivación que no perturbe el principio de legalidad penal. Sobre este particular, también puede citarse la SAP de Murcia (Sección 5ª) nº 272, de 22 de julio de 2014, que condena por prevaricación administrativa del art. 404 CP a un Interventor municipal, por título de complicidad omisiva.

8.4.- LA EMISIÓN DE INFORMES, OFICIOS, CONTESTACIONES U OTROS

Tal y como hemos señalado *supra* el elemento típico del art. 404 CP es la resolución *de fondo* o de contenido decisorio dictada por la autoridad o funcionario público.

En consecuencia, quedan excluidos de este concepto, como señala GONZÁLEZ CUSSAC⁷², cuantos actos administrativos no tengan carácter decisorio, como por ejemplo los actos de trámite, informes, consultas, circulares, dictámenes, etc.

Como señala dicho autor, ello implica que la emisión de tales actos *no decisorios*—en lo que a la prevaricación del art. 404 CP se refiere— es una conducta atípica. Los informes de los órganos consultivos de la Administración no vinculan u obligan a ésta y, en consecuencia, cualquiera que sea el sentido que

⁷² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Ob. Cit.*, pág. 48.

incorporen, no puede derivarse de ellos lesión de derecho ni indefensión para los interesados. Esta nota excluye que cualquier declaración o manifestación que los informes o dictámenes incorporen, aunque provengan de órganos administrativos, sea por sí misma creadora o modificadora de situaciones jurídicas.

Es cierto —también lo hemos apuntado— que ello no excluye la participación de otras personas, distintas al sujeto activo, no funcionarios o funcionarios no atribuidos de facultad resolutoria alguna, que pudieran haber *participado* efectivamente, como cómplices, cooperadores o inductores, pero no — desde luego— por el hecho en sí de emitir informes u otros actos, sino por su contribución material y efectiva en el hecho delictivo.

La indicada exclusión de informes, consultas, actos de trámite, etc., es plenamente corroborada por nuestro Tribunal Supremo. Así, podemos citar la STS de 23 de octubre de 2013, Pte. Sr. Conde-Pumpido Tourón, que señala:

«En la STS núm. 300/2012, de 3 de mayo, se recuerda que la jurisprudencia y la doctrina entienden por "resolución" todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados o a la colectividad en general, y que resuelve sobre un asunto con eficacia ejecutiva, quedando por tanto excluidos, de una parte, los actos políticos, y, de otra, los denominados actos de trámite (v.gr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva, (SSTS de 28 enero 1.998, 12 febrero 1.999, 27 junio 2.003, 14 noviembre 2.003, 9 abril 2007, 1 diciembre 2.008, 1 julio 2.009, 2 febrero 2.011, entre otras)».

Del mismo Magistrado Ponente, Sr. Conde-Pumpido, es clara también la STS de 3 de mayo de 2012:

«La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutorio es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedido de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el "thema decidendi". Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas,

etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como “actos de trámite”, lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto.

(...)

Es claro que la interpretación del término resolución en el art 428 del Código Penal no puede ser diferente de la que se efectúa por la jurisprudencia para la misma expresión en el art 404 del mismo texto legal, por elementales razones de seguridad jurídica. En consecuencia, la suspensión por los agentes de las actuaciones que estaban practicando en un expediente por supuesta infracción de tráfico no constituye propiamente una resolución sino una actuación o diligencia preparatoria, un acto de trámite y de investigación que precede en un procedimiento formalizado a la actuación resolutoria propiamente dicha, destinado a proporcionar el conocimiento necesario sobre el “*thema decidendi*”, es decir una actuación preparatoria de la decisión final.

Si nos encontrásemos ante un delito de cohecho, la conducta omisiva de dejar de realizar un acto inherente a las funciones del cargo, que fue la conducta solicitada por el acusado a los agentes al pedirles que suspendiesen las pruebas de alcoholemia y dejaran marchar a los conductores retenidos, tendría perfecto encaje en el art. 419 del Código Penal. Pero a pesar de que la conducta enjuiciada es impropia de figurar entre las prácticas institucionales de un Estado de Derecho, no puede forzarse el principio de legalidad para sancionarla como delito de tráfico de influencias, pues constituye un principio aun más determinante del Estado de Derecho el escrupuloso respeto de los límites punitivos establecidos por el Legislador. Y, en el art 428 del Código Penal, el Legislador exige que la influencia sobre los funcionarios vaya específicamente dirigida a conseguir una resolución, supuesto que no concurre en el caso actual pues la conducta solicitada a los agentes no constituye una resolución».

Finalmente, una interpretación sistemática del Código Penal refuerza el argumento de exclusión de los informes y otros actos de trámite en el caso del delito del art. 404 CP, pues cuando el legislador ha querido introducir tales conductas o actos en la descripción de tipos más especiales, lo ha hecho sin lugar a dudas, como sucede en la prevaricación urbanística del art. 320 CP, o ambiental del 329 CP.

Por otra parte, especial consideración merece el análisis de los llamados informes «vinculantes» (art. 80.1 LPAC). Este tipo de informes, emitidos durante el curso del procedimiento administrativo, tienen la peculiaridad de ser de obligada observancia para el sentido de la resolución que se adopte por el órgano competente, de tal manera que para éste resulta completamente imposible el apartamiento del sentido de este⁷³.

En estos asuntos, singularmente, podría plantearse la consideración del informe «preceptivo y vinculante» como una verdadera «resolución» que resuelve el fondo del asunto, pues —de facto— el órgano competente para resolver pierde toda capacidad decisoria, debiendo limitarse a acatar el sentido que el informe concluya. Será lo usual, en tal caso, que la motivación del acto administrativo resolutorio se limite a incorporar el texto íntegro del informe vinculante, que quedará incorporado a todos los efectos a la resolución (art. 88.6 LPAC).

Estaríamos, en esta línea de razonamiento, ante un supuesto un tanto singular, en el que el sujeto activo, autor del delito, podría ser el emisor del informe y no el órgano resolutorio, que adopta un papel de mero comparsa y que en modo alguno podría ser castigado al actuar bajo obediencia debida, a tenor del carácter vinculante del informe. La jurisprudencia no ha considerado este caso, existiendo una sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 1995, Pte. Sr. Carrero Ramos, que tangencialmente se refiere al mismo, pero como un mero

⁷³ Así, por ejemplo, el art. 106.1 LPAC señala que: «Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen “favorable” del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1».

criterio de refuerzo del argumento que descarta el carácter ejecutivo de un informe⁷⁴.

En nuestra opinión, la garantía de exhaustividad del principio de legalidad penal impone que ninguna clase de informe u otro acto de instrucción, de soporte o conocimiento de la resolución que se adopte, aun vinculante, puede ser objeto de incriminación de forma autónoma. Otra cosa, será la punición a título de partícipe —cooperador necesario— cosa que analizaremos posteriormente en este trabajo y que, a priori, no excluye que el autor pueda no ser responsable por no concurrir conducta dolosa en su actuación, como es natural. Lo que vemos inviable, por no respetar el principio de legalidad penal y la exigencia de *lex certa*, es la incriminación del emisor del informe como autor, al equiparar informe vinculante a resolución ejecutiva.

Cualquier otro tipo —por más que sean usuales— de comunicación, certificación, oficio, contestación, etc., no directamente propuesta a la aplicación de normas jurídicas y de definición de situaciones jurídicas individuales y determinadas, correrán la misma suerte de atipicidad, por considerarse simples operaciones administrativas que, expresando un mero pensamiento de la Administración, no pueden siquiera reputarse acto administrativo.

8.5.- ACTOS VERBALES Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER GENERAL

El caso de los actos o resoluciones verbales solo es de matiz. El carácter no escrito, en principio ni añade ni quita nada relevante a efectos de determinar la existencia o no de un acto prevaricador. Lo relevante sigue siendo —en cuanto resolución propiamente dicha— su finalidad ejecutiva o decisoria *sobre el fondo* del asunto administrativo y que haya sido dictada por un funcionario o autoridad investida para ello.

La legislación reguladora del procedimiento administrativo, desde su primitiva redacción, ya vino a reconocer eficacia jurídica a las resoluciones y actos verbales, indicando esencialmente dos notas caracterizadoras: una, su

⁷⁴ La STS de 17-2-1995 (FJ único) señala que «la resolución es exigida expresamente como elemento fundamental del tipo delictivo. Y aun se reconoce [por el recurrente] el carácter no vinculante del informe para el órgano ejecutivo...».

excepcionalidad y, otra, la necesidad de su posterior constancia y reflejo por escrito, por elementales razones de seguridad jurídica⁷⁵.

También se han destacado ya, diversas resoluciones del Tribunal Supremo que consideran a las resoluciones verbales perfectamente hábiles para su encaje en el tipo de prevaricación previsto en el art. 404 CP⁷⁶. Al igual sucede con la doctrina científica, penal y administrativa, que no dudan en llegar a la misma conclusión⁷⁷.

Abordamos ahora la cuestión, más discutible y problemática, de las disposiciones administrativas de carácter general o reglamentos.

Se llama Reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración⁷⁸. Nos encontramos, pues con una figura jurídica distinta del acto administrativo, en cuanto éste implica una decisión, una resolución (sobre el fondo, definitiva, si fuera acto resolutorio), mientras que el reglamento *integra* el sistema de fuentes y forma parte del ordenamiento jurídico. Es una norma secundaria y subalterna

⁷⁵ El art. 36.2 LPAC señala que: «En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido». El art. 41 de la antigua y venerable Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 ya recogía, casi literalmente este precepto. Al igual que la posterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su art. 55.

⁷⁶ Así, por ejemplo, la STS de 23 de octubre de 2013, Pte. Sr. Conde-Pumpido Tourón: «Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o de la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral...».

⁷⁷ Así lo expresan, por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC (*Op. Cit.*, pág. 49) y toda la doctrina administrativista.

⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ed. Civitas, 2008, pág. 183.

respecto a la Ley, sí, pero norma, al fin y al cabo; el reglamento innova el ordenamiento y el acto administrativo se limita a resolver situaciones particulares, agotándose sus efectos con su mera emisión o cumplimiento.

Otra de las diferencias esenciales de este *quid aliud* deriva de su especial procedimiento de elaboración y aprobación, que tiene un carácter riguroso y formal. Esta solemnidad procedimental pretende, sin duda, acentuar la importancia del proceso de *creación del Derecho, apartándolo de la rutina* (GARCÍA DE ENTERRÍA) que supone el dictado de resoluciones particulares. A tal efecto, los reglamentos han de aprobarse siempre previos informes de oportunidad de altos órganos consultivos e instituciones sociales, tras un periodo de exposición pública, por los órganos —comúnmente colegiados— superiores y, finalmente, son objeto de publicación y entrada en vigor.

Disposición general equivale, en suma, a precepto de carácter general con categoría inferior a la Ley, teniendo una finalidad normativa e integrándose con mayor o menor rango en el ordenamiento jurídico, en tanto que los actos administrativos, tengan por destinatario un solo sujeto o una pluralidad de ellos, siempre persiguen una finalidad particularizada. En el caso de los actos administrativos nos hallamos, por tanto, ante una actuación de «ejecución» y no ante el ejercicio de una potestad reglamentaria.

Fácilmente podemos concluir, según lo expuesto, acerca del aprieto que puede suponer la subsunción del ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los titulares de los órganos administrativos que la tengan atribuida, en el supuesto previsto en el art. 404 CP.

El principio restrictivo de taxatividad penal impide, en nuestra opinión, que el dictado (o la participación en el mismo) de una disposición administrativa de carácter general o Reglamento pueda ser concebida como una conducta prevaricadora.

Aprobar una norma, tras un procedimiento complejo, público y plagado de evaluaciones e intervenciones extrañas y cuyo destinatario es la generalidad de personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, no es asimilable en nuestra opinión a un acto decisorio, cuyos efectos alcanzan exclusivamente a un asunto administrativo particular.

GONZÁLEZ CUSSAC afirma, en igual sentido, que «los reglamentos, como normas generales no resuelven, sino que regulan, y su injusticia ha de medirse con parámetros no exactamente coincidentes con la injusticia de una resolución concreta»⁷⁹. Cita este mismo autor la postura no coincidente de OCTAVIO DE TOLEDO, en el sentido de conceder la posibilidad de encaje en el tipo prevaricador a los que llama «reglamentos independientes o autónomos». No estamos de acuerdo. Como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA, el reglamento «independiente» únicamente cabe en el ámbito de las competencias organizativa de la Administración, caso en el que la potestad reglamentaria queda *mezclada* con la potestad autoorganizativa, propia de los entes públicos superiores; el reglamento independiente en el ámbito normativo externo (*ad extra*) de la Administración, señala el célebre profesor, «está excluido, porque esta materia está reservada constitucionalmente a la Ley»⁸⁰.

Se ha de mantener, por consiguiente, un concepto restrictivo de resolución, dejando fuera del mismo los *actos administrativos legislativos* (disposiciones administrativas de carácter general, arts. 37.1, 47.2 y, 128 y ss. LPAC⁸¹) como son los reglamentos.

⁷⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 84.

⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ed. Civitas, 2008, pág. 218.

⁸¹ El art. 128 LPAC es muy claro al señalar:

«1. El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de la Nación, a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo establecido en sus respectivos Estatutos, y a los órganos de gobierno locales, de acuerdo con lo previsto en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. 2. Los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, exacciones parafiscales u otras cargas o prestaciones personales o

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es escasa en este punto, muy probablemente por la inexistencia de supuestos de incriminación por elaboración y aprobación de reglamentos. Podemos citar, no obstante, la STS de 23 de enero de 1998, en la línea de exclusión que comentamos, Pte. Sr. Montero Fernández-Cid, FJ 2, *in fine*.

8.6.- CLASES DE RESOLUCIONES. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL Y LOS CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Abordamos ahora diversos supuestos de *resoluciones*, de conceptos o instituciones de Derecho Administrativo un tanto particulares, a efectos de determinar su posible encaje en los elementos objetivos del tipo de prevaricación administrativa previsto en el art. 404 CP.

Clasificar los distintos tipos o clases de actos administrativos supone un trabajo que desborda nuestra finalidad. Hay tantas clasificaciones como autores, aun cuando algunas hayan cristalizado con mayor arraigo y fortuna, mayoritariamente a efectos didácticos.

Siendo nuestro objeto de estudio la repercusión penal de ciertas instituciones administrativas, a través de su perfil técnico y dogmático, resulta relevante la categorización de los actos administrativos en función del número de voluntades que convergen en su producción, así como su perfección, extensión y alcance.

La doctrina administrativa es uniforme en la catalogación de los actos como unilaterales o plurilaterales, dependiendo de la necesidad de actos sucesivos de uno o más sujetos para la producción de efectos jurídicos plenos. Así el otorgamiento unilateral de una licencia (aun solicitada por el interesado) se perfecciona por la sola expresión de la voluntad de la Administración. En cambio, el nombramiento de un funcionario público no surte efectos si no tiene lugar de un modo sucesivo la aceptación del cargo por su destinatario o *toma de posesión*.

patrimoniales de carácter público. 3. Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior».

Diferente caso es el de los actos simples o complejos, cuya producción depende en exclusiva de la voluntad administrativa, aun cuando en el caso de éstos últimos dicha voluntad deba formarse a través de la acción conjunta de varios órganos administrativos, de la misma o distinta Administración, según se trate y esté previsto en la Ley. No existe, por consiguiente, en los actos complejos un requisito *ex post* para su perfección; si, por el contrario de la formación y expresión de la voluntad de dos o más órganos de la Administración.

Finalmente, a nuestros efectos, nos interesa resaltar los supuestos de terminación convencional, convenios o conciertos, cuya diferencia radica en que el acto en sí no es una suma de actos sucesivos —como ocurre con los plurilaterales— sino que se trata de una obra conjunta fruto de una coincidencia de voluntades entre la Administración y los sujetos interesados.

Se trata, en definitiva, de analizar tales supuestos en un plano dogmático a los efectos de determinar su posible encaje en el tipo previsto en el art. 404 CP.

Ninguna particularidad, obviamente, presentan los actos unilaterales de la Administración que reúnan el requisito de resolver *el fondo* del asunto administrativo en cuestión. La actividad plurilateral de la Administración, sin embargo, requiere de ciertas precisiones básicas.

Puede decirse, en rigor, que el acto plurilateral, en ocasiones denominado *acto condición* por requerir la aceptación de su destinatario, no surte efectos hasta que dicho beneplácito tiene lugar de un modo expreso. La resolución se ha ultimado, no obstante, en sede administrativa, pendiendo exclusivamente del consentimiento y aceptación del interesado, a modo de condición suspensiva de eficacia.

Supra hemos destacado la mayoritaria concepción del delito de prevaricación del art. 404 CP como un delito «de mera actividad» y no «de resultado». OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, —también se ha dicho— es contrario a esta opinión, planteando entonces la distinción entre la conducta consistente en «dictar» la resolución (la acción típica) y el ulterior ingreso de en el tráfico jurídico de esa declaración de voluntad⁸² (el resultado). Ello supone, en opinión del citado autor, la abierta posibilidad de formas imperfectas de ejecución, cuando la

⁸² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación de funcionario público*, Civitas, 1980, pág. 25.

voluntad de la Administración ha sido plenamente plasmada con la resolución injusta y definitiva, pero por avatares diversos⁸³, la misma no llega a producir efectos *ad extra*.

La solución planteada por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO bien puede servir para el caso que ahora examinamos⁸⁴, relativo a los actos plurilaterales no perfeccionados por faltar el consentimiento o aceptación de su destinatario. Estaríamos entonces ante un supuesto de tentativa idónea y acabada (62 CP), si es que el aceptante —no el funcionario— fue el responsable de la falta de perfección, es decir, si no hubo arrepentimiento de éste, que bien pudiera dar lugar, según el caso, a que la tentativa fuese inacabada.

También, en hipótesis, sería posible el desistimiento activo del funcionario (16.2 CP), que daría lugar a la exención de responsabilidad penal por el delito *intentado pero evitado*.

Los actos administrativos «complejos», como decíamos antes, son aquellos que en su elaboración y producción concurren dos o más voluntades administrativas.

Su *complejidad* deriva ordinariamente de la necesidad de que órganos de varias Administraciones ejerzan o manifiesten sus competencias sobre aspectos diferentes que confluyen en el mismo asunto⁸⁵. No son infrecuentes estos casos,

⁸³ Por ejemplo, el arrepentimiento del funcionario que evita la notificación o publicación del acto prevaricador, aun cuando en tales casos pueda plantearse el problema de la posible eficacia material de dicho arrepentimiento (evitando la notificación, destruyendo los documentos, etc.), pues es evidente que la resolución ha sido dictada y su imputación se ha trasladado *ipso iure* a la esfera jurídica de la Administración titular.

⁸⁴ Para lo cual resulta secundaria la concepción doctrinal acerca de si el delito de prevaricación es de mera actividad o de resultado.

⁸⁵ Caso paradigmático es el de los planes de urbanismo, cuyo proceso de aprobación es «bifásico» y en el que intervienen la Administración municipal y autonómica que adoptan resoluciones aprobatorias sucesivas. El supuesto es aun de mayor complicación, pues dichos planes son considerados verdaderas normas jurídicas reglamentarias —y no actos

dado el enrevesado sistema de distribución constitucional de competencias diseñado por la Constitución Española, existiendo un buen número de materias o ámbitos sectoriales cuya competencia es concurrente entre varias Administraciones Públicas.

Se trata, en nuestra opinión de un supuesto aún más límite que el de los actos plurilaterales, que difícilmente podrá tener lugar en la realidad. En todo caso, la solución al mismo, de plantearse, habría de ser la misma que en el anterior, siempre y cuando pueda efectivamente constatarse —ahí radica la principal dificultad— que uno de los pronunciamientos administrativos es definitivo en su propio ámbito de competencias y, en cuanto tal, vincula al órgano que ejercerá la propia, de un modo subsiguiente y que de un modo conjunto conformará la resolución final.

Los actos anteriores (plurilaterales) divergen —decíamos— de la «terminación convencional» y de los «convenios» en que éstos son fruto de voluntades convergentes, obra conjunta y no mera adhesión *ex post* como requisito de perfección.

Debemos, en primer lugar, diferenciar ambos conceptos.

La terminación convencional surge en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como reconocimiento del marco del *procedimiento administrativo común* de una praxis administrativa que ya venía produciéndose en distintos ámbitos sectoriales (así, por ejemplo, los convenios expropiatorios, urbanísticos, tributarios, etc.). Así, la Exposición de Motivos de dicha Ley (apartado 12) señala como novedad que: «Se introduce la posibilidad de utilizar instrumentos convencionales en la tramitación y terminación de los procedimientos»; y su art. 88, actual art. 86 LPAC⁸⁶ dispone que:

«1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado,

administrativos— por lo que en principio y a falta de mayores precisiones, no es un caso que pueda encajar en el art. 404 CP.

⁸⁶ La única modificación al art. 88 LRJPAC por parte de la nueva LPAC de 2015 ha sido la introducción del apartado 5 del art. 86, relativo a la terminación convencional en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración.

siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

5. En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público».

Se ha pretendido, con esta regulación, codificar una práctica legítima, un «modo de administrar» (TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ) concertado en el que la Administración no basa su actividad en la unilateralidad, aun necesitada de actos de aceptación, sino en el acuerdo común resultado de una concurrencia de voluntades que satisface los intereses públicos y privados en juego, buscando una situación de equilibrio y adecuada ponderación entre ambos.

Claro que tal posibilidad, aun legítima y legalizada, se encuentra sometida a determinadas restricciones dirigidas a evitar que por esta vía convencional puedan alterarse el modo, extensión o alcance legalmente establecido para el

ejercicio del poder público que de modo irrenunciable⁸⁷ corresponde a la Administración. Esto es, tal y como el precepto señala:

«La terminación será posible, siempre que los acuerdos *no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule*».

Por consiguiente, la terminación convencional de los procedimientos es un instrumento de acción concertada en el que han de confluir intereses públicos y privados de tal modo que aquéllos se concreten *dentro* del margen de actuación habilitado por la ley, que es siempre la medida de la potestad administrativa. Resultará, pues, aceptable la terminación convencional en dos casos:

- a) Para la concreción anticipada, ordenada y eficaz de los llamados «conceptos jurídicos indeterminados», que si bien constituyen manifestación del ejercicio de una potestad reglada⁸⁸, nada impide que su efectiva determinación en el caso particular se realice de un modo consensuado con el administrado.
- b) Y, más genuinamente, en el caso del ejercicio de potestades discrecionales, en los que la ley habilita el ejercicio de la potestad de un

⁸⁷ Art. 8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA ha señalado, a este respecto, que «un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que ha de aplicar la Administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta. Algunos ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo: justo precio, utilidad pública (como concepto legal), urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc. Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto (...). Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio». GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder*, Ed. Civitas, 3ª ed., págs. 34 y 35.

modo más abierto o genérico, permitiendo que la misma se concrete previo un juicio subjetivo de la Administración que puede dar lugar a distintas soluciones, todas ellas justas y perfectamente legales.

Nos encontramos de este modo con una previsión legal expresa en relación con la «terminación convencional» de los procedimientos administrativos, respecto a la cual, la celebración de un «convenio» no sería más que una variante.

Esencialmente, el convenio participa del mismo principio restrictivo que la terminación convencional en cuanto a la imposibilidad de disposición de potestades administrativas o aspectos de gestión del interés público, que quedan *extra commercium* (TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ). El convenio queda así restringido a aspectos de mejora de la gestión, utilización conjunta de medios y servicios públicos, realización de actividades conjuntas, etc., constituyendo de este modo un *vehículo* idóneo a través del cual los poderes públicos puedan realizar actuaciones de forma conjunta con los particulares u otros entes públicos; difieren, sin embargo, de la terminación convencional en que ésta es una modalidad de terminación de un procedimiento administrativo concreto, con una finalidad concreta, cuya resolución se agota en cuanto resuelve un interés determinado. El convenio viene a tener una finalidad más extensa, al ordenar un conjunto de actuaciones o proyectos, plasmar objetivos comunes, utilización conjunta de medios, etc.

Pese a tal diferenciación conceptual, lo cierto es que ambas figuras participan del mismo principio nuclear, que es la facilitación de la actividad de la Administración por medios distintos a la clásica decisión unilateral, pero ceñida a aspectos susceptibles de transacción y con prohibición absoluta de disposición del ejercicio futuro de competencias.

La Ley 41/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, arts. 47 y siguientes, perfila la institución del convenio, señalando:

«Artículo 47. Definición y tipos de convenios.

1. Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común.

No tienen la consideración de convenios, los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles.

Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

2. Los convenios que suscriban las Administraciones Públicas, los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, deberán corresponder a alguno de los siguientes tipos:

a) Convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas.

(...)

c) Convenios firmados entre una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de Derecho privado.

(...)

Artículo 48. Requisitos de validez y eficacia de los convenios.

1. Las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán suscribir convenios con sujetos de derecho público y privado, sin que ello pueda suponer cesión de la titularidad de la competencia.

(...)

3. La suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios

públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

4. La gestión, justificación y resto de actuaciones relacionadas con los gastos derivados de los convenios que incluyan compromisos financieros para la Administración Pública o cualquiera de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes que lo suscriban, así como con los fondos comprometidos en virtud de dichos convenios, se ajustarán a lo dispuesto en la legislación presupuestaria.

5. Los convenios que incluyan compromisos financieros deberán ser financieramente sostenibles, debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio.

6. Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio.

7. Cuando el convenio instrumente una subvención deberá cumplir con lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en la normativa autonómica de desarrollo que, en su caso, resulte aplicable.

(...)

8. Los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes.

(...)

9. Las normas del presente Capítulo no serán de aplicación a las encomiendas de gestión y los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos».

De los preceptos transcritos, a los efectos que aquí nos ocupan, debemos resaltar las siguientes cuestiones:

–No son convenios los llamados «protocolos» de actuación o instrumentos similares, que meramente contengan «meras declaraciones de intención, que no producen efectos jurídicos (art. 47.1).

–Los convenios no pueden «disfrazar» entre sus previsiones prestaciones que sean propias de los contratos, de conformidad con la legislación reguladora de la contratación del sector público (art. 47.1)

–Debe diferenciarse con nitidez lo que son convenios interadministrativos, de aquéllos otros que se suscriben con sujetos de Derecho privado (art. 47.2).

–En modo alguno los convenios pueden «disponer» del ejercicio «irrenunciable» de potestades públicas. Entendiendo cabalmente dicha prohibición, no en que el convenio no pueda modular o establecer para el caso en particular dicho ejercicio, sino la admisión sin ambages del pleno poder de innovar ejecutoriamente, en su caso, el contenido de la relación jurídica en la que la Administración haya tomado parte (*ius variandi*), a través del convenio (art. 48).

–Los convenios, de un modo riguroso, han de sujetarse a los mismos niveles de compromiso, sostenibilidad financiera y régimen de subvenciones, que en su caso fuera aplicable a la actividad unilateral de la Administración (art. 48.4, 5, 6 y 7).

–Finalmente, el precepto señala que la, normas relativas a los convenios no se aplicarán a los supuestos de terminación convencional, plasmando así la diferencia que antes apuntábamos (art. 48.9).

Ya en el orden de las consecuencias respecto al delito de prevaricación de toda la normativa señalada podemos apuntar:

En primer lugar, la terminación del procedimiento mediante terminación convencional constituye una resolución de fondo perfectamente hábil a los efectos de integrar el tipo objetivo del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP. Su única singularidad deriva de que la formación de la voluntad del órgano administrativo competente se ha formado en atención a la búsqueda de un «punto de equilibrio» entre intereses públicos y privados, siendo dicha formulación —en sí misma considerada— no arbitraria o ilegítima, por más que sea extraña al proceder habitual o unilateral de la Administración. Ese margen de actuación, de «transacción», dice la Ley, es perfectamente hábil y legítimo, siendo que mediante el mismo podrá fabricarse un «traje a la medida» que pueda cohonestar la confluencia de los variados intereses en juego. Dicho de un modo

más simple: la transacción no puede ser, en sí misma, caprichosa y, por ende, prevaricadora; podrá serlo por otros motivos o circunstancias a acreditarse, pero no precisamente por el hecho mismo de la transacción.

En segundo lugar, por lo que a los convenios se refiere, nuestra opinión es que los llamados «protocolos» no pueden en ninguna circunstancia integrar el tipo del art. 404 CP. No constituyen resolución de fondo o definitiva ni surten efectos jurídicos directos (art. 47.1 LRJSP). Sí debe precisarse que la calificación de tales protocolos ha de hacerse en virtud de un criterio material y no puramente nominal, como es natural.

La suscripción de convenios propiamente dichos (no protocolos) constituyen verdaderas resoluciones ejecutivas en cuanto dispongan de contenido dispositivo y de ordenación material de medios jurídicos y materiales a cargo de la Administración. Entendemos que dichas características concurren tanto en los convenios interadministrativos como en los celebrados con sujetos de Derecho privado. En todo caso, habrá de estarse al contenido de los mismos y a su efectiva vinculación o naturaleza jurídica⁸⁹. No es infrecuente, por otro lado, que los convenios incorporen cláusulas de muy diferente alcance o extensión jurídica, a veces sometidas a condición, término u otras obligaciones modales o «cargas» de contenido recíproco, cuyo sentido y carácter definitivo no puede ser determinado mas que de un modo casuístico.

Y ello en el contorno del concepto de «resolución de fondo» (tipicidad), que es la característica ahora analizada y sin perjuicio de su consideración en el ámbito de la antijuricidad, del que nos ocuparemos después.

Para finalizar, debemos señalar que con arreglo a lo establecido en el art. 48.8 LRJSP Los convenios no se perfeccionan hasta la efectiva prestación del consentimiento por las partes intervinientes, lo que obviamente hará posible las formas imperfectas de ejecución del delito o, en su caso, el desistimiento.

⁸⁹ La extensísima STS de 27 de julio de 2015, Pte. Sr. Saavedra Ruíz, es un claro ejemplo de que los convenios urbanísticos pueden ser considerados resoluciones «de fondo» a efectos de integrar el tipo de prevaricación administrativa del art. 404 CP.

8.7.- LA RESOLUCIÓN DICTADA «EN UN ASUNTO ADMINISTRATIVO»

Parece obvio que la prevaricación administrativa solo pueda tener lugar en el ámbito de un «asunto administrativo». Desde esta perspectiva, por consiguiente, el tenor literal del art. 404 CP sería redundante.

GONZÁLEZ CUSSAC, citando a ORTS BERENGUER⁹⁰, señala el aparente desdoblamiento de este requisito en una vertiente subjetiva, relativa a que el funcionario público actúe en ejercicio de su cargo; y en otra objetiva, en virtud de la cual el asunto debe referirse a la emisión de un acto administrativo en sentido estricto, y no judicial⁹¹.

En nuestra opinión el requisito, pese a su exégesis, es redundante.

Los autores citados ya detectaron que el hecho que se produzca una extralimitación de funciones por parte del funcionario o autoridad no excluye su tipicidad, eso sí, siempre que no se actúe en concurso de normas con el delito de usurpación de funciones del art. 402 CP⁹². La STS de 4 de marzo de 2016, Pte. Sr. Gimenez García, señala expresamente que:

«El tipo penal [404 CP] no exige que el acto administrativo que se dicta esté expresamente recogido dentro de las facultades competenciales del sujeto activo del delito, porque devendría entonces inaplicable a numerosos

⁹⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Ob. Cit.*, págs. 78 y ss.

⁹¹ GONZÁLEZ CUSSAC cita en estos casos a FERRER SAMA y a OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. Cit.*, pág. 81.

⁹² Aunque también podría entenderse como concurso ideal si la resolución, además de ser dictada usurpando las funciones, fuese injusta y arbitraria. Sin embargo, nos parece un supuesto de muy difícil realidad, pues en un caso claro de usurpación la resolución dictada puede ser jurídicamente *inexistente* en atención a la imposibilidad de que la misma cause un verdadero injusto material, dado su apariencia. Los diferentes bienes jurídicos protegidos por los arts. 402 y 404 CP harían viable, no obstante, el concurso ideal de delitos, aunque lo normal en un supuesto real sea que estemos ante un concurso de leyes y opere el principio de consunción a favor de la usurpación, que tiene asignada la pena más grave.

supuestos que por definición administrativa quedarían absolutamente impunes.

Con mayor razón aún, cuando en este tipo penal se han incluido las resoluciones "arbitrarias", de modo que se dicta una resolución contraria a derecho por no existir siquiera expediente administrativo, el hacerlo, además, sin competencia, no haría sino agravar el concepto de arbitraria».

El «asunto administrativo» no deriva entonces, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, de la competencia subjetiva del funcionario, que bien puede ser extralimitada e incurrir en el tipo prevaricador —sin llegar a ser usurpación de funciones del art. 402 CP—; tampoco estamos ante un «asunto administrativo» por razón de no ser un «asunto judicial», lo cual es una obviedad.

El elemento objetivo del tipo «asunto administrativo» es, en definitiva, redundante y debe estar referido al contenido material de la resolución dictada injustamente y con capricho. Esto es, que no se trate de una «aparente» resolución dictada por un funcionario, pero que en realidad carece de los elementos decisorios relativos a funciones de naturaleza pública (por ejemplo, referidas al Derecho privado u otras actividades de índole técnica o material). El «asunto administrativo» lo es simplemente por estar en la «órbita» de la actividad de la Administración, en su «giro o tráfico» habitual y siempre en relación a cualquier tipo de asunto que le pueda ser imputado como persona jurídico-pública, pasando a un segundo plano el hecho de la falta de competencias del funcionario o autoridad en particular o su eventual extralimitación, algo que como ha dicho el Tribunal Supremo, pertenece más bien al ámbito del injusto que de la tipicidad.

Especial atención debe tenerse también con los llamados «actos separables», a los que ya nos hemos referido, doctrina que comporta que aun cuando el acto administrativo tenga por finalidad la participación o intervención de la Administración en relaciones de derecho privado (por tanto, no en un «asunto administrativo») lo cierto es que existen un núcleo irreductible de la decisión administrativa que está necesariamente sometido al Derecho Administrativo, pues éste y no otro sector del ordenamiento es el encargado de regular el funcionamiento y la toma de decisiones por parte de la Administración Pública⁹³.

⁹³ Sobre los «actos y cuestiones separables», ver GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ed. Civitas, 2008 pág. 62.

Otra cosa será, en tal caso, que el acto «separable» tenga el carácter decisorio o de fondo exigido por el tipo penal del art. 404 CP.

Nos restaría una mención a los llamados «actos políticos», que quedarían en principio *excluidos* de los *asuntos administrativos*.

Los «actos políticos del Gobierno» han sido tradicionalmente considerados como *no actos*, siendo inmunes a la fiscalización incluso en sede contencioso-administrativa⁹⁴. Sin embargo, esta concepción está hoy completamente superada⁹⁵. El maestro GARCÍA DE ENTERRÍA ya se ocupó de diseccionar el

También, en el apartado II, párrafo cuarto de la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

⁹⁴ La Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 señalaba (apartado II.4): «se definen, por exclusión, las cuestiones ajenas a esta Jurisdicción. Entre ellas se incluyen las relativas a los actos políticos que no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales». Así lo reflejaba el art. 2 b) de la misma Ley.

⁹⁵ La Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (apartado II), ya dispuso que: «La Ley no recoge ya, entre estas exclusiones, la relativa a los llamados actos políticos del Gobierno, a que se refería la Ley de 1956. Sobre este último aspecto conviene hacer alguna precisión. La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad -llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida «per se» del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-

concepto y matizar sus límites⁹⁶, por lo que en la actualidad tales *actos políticos* no constituyen un ámbito de inmunidad ni contencioso-administrativa, ni —con mayor razón— desde una perspectiva jurídico penal. En todo caso, el foco del Derecho Penal debe siempre dirigirse al *factum* material y en este punto sí nos parece relevante despejar que se esté ante un verdadero *asunto administrativo* en el que se produzca una resolución ejecutiva y de fondo sobre una pretensión o relación jurídica en concreto, y no se trate de meras declaraciones de intenciones —de naturaleza política o no comprometida— sin efectos jurídicos decisorios.

administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho».

⁹⁶ Dice el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA: «Estas afirmaciones tan categóricas, puestas al lado de sus consecuencias en la parte preceptiva de la Ley y en la jurisprudencia, no las comparte hoy, podemos decir, ningún otro sistema y quizá ningún jurista autorizad. Desde el punto de vista material, desde luego, es obvia la diferencia entre las grandes decisiones políticas que comprometen la suerte entera de la comunidad, y el diario y ordinario quehacer del último funcionario de la Organización. La distinción entre políticos y funcionarios, como agentes que respectivamente encarnan esas dos distintas responsabilidades, es obvia y se apoya en una base real evidente. Pero es también un lugar común que el Derecho Administrativo no puede ser edificado sobre una idea material de la función administrativa. Jurídicamente, que es lo que importa, puesto que estamos hablando de Derecho Administrativo, no hay ninguna diferencia entre el acto más importante del Consejo de Ministros, con las salvedades que haré a continuación, y el acto más nimio del último funcionario de la escala, y no la hay por una razón jurídica elemental, porque todos son órganos de la misma persona, del mismo sujeto (...) Proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica ni más ni menos que consagrar que la Administración puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados». GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª Ed., Civitas, 1983, págs. 50 y ss.

8.8.- LA ARBITRARIEDAD DE LA RESOLUCIÓN

El concepto de arbitrariedad requiere precisiones. No debe confundirse la mera injusticia, exigida por ejemplo en el caso de la prevaricación judicial del art. 446 CP, con la arbitrariedad, que exige un plus en cuanto al dolo.

La RAE define con extraordinaria precisión y acierto lo que debe entenderse por arbitrariedad: aquello que está «sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón». Obviamente, nos encontramos ante una resolución administrativa contraria a Derecho; pero ello no basta. La resolución debe ser arbitraria y no meramente injusta, debe responder al puro capricho o torcida voluntad, fuera de toda interpretación razonable o razonada, aun en apariencia.

Concluimos *supra* sobre el carácter residual del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, derivado de otras figuras prevaricadoras más precisas (arts. 320, 322, 329, 405 o 446 CP) en las que el legislador ya configura y dota al delito de una descripción típica que no exige mayores interpretaciones. En cambio, el tipo genérico del 404 CP exige la formulación de un juicio subjetivo cuyos parámetros de contraste han sido perfilados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha exigido sistemáticamente ese *plus* de injusticia, utilizando para ello términos muy explícitos. Así, STS de 5 de marzo de 2003, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca: «Es preciso que la ilegalidad sea evidente, flagrante y clamorosa». STS de 8 de junio de 2006, Ponente Sr. Martínez Arrieta: «Que la resolución no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley, que sea palmaria, patente, evidente, esperpéntica». STS de 25 de enero de 2002, Ponente Sr. Moner Muñoz:

«Que no tenga defensa posible por no resultar cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos, puesto que es en ese momento en el que ya no es posible decir que se aplica el Derecho, sino solo la voluntad del funcionario».

Sin embargo, como ya hemos apuntado en este trabajo, no debemos confundir «prevaricación administrativa» y «nulidad de pleno derecho», al ser

ésta la forma más grave de invalidez de un acto administrativo⁹⁷. La ya citada STS de 5 de marzo de 2003, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarda, se refiere a dicha cuestión:

«De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito».

E, igualmente, la reciente STS 19 de mayo de 2016, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre, con el mismo sentido, destaca:

«La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente"

⁹⁷ A salvo la categoría doctrinal de los «actos inexistentes», carentes de la propia apariencia de actos. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo, Vol. 1*, Civitas, pág. 624 de la Ed. 14ª de 2008.

"esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1.995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002 , con mayores indicaciones jurisprudenciales), esto es debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma».

Lo que razona esta Sentencia es que «lo decisivo [para que pueda hablarse de prevaricación y no de una simple nulidad administrativa] es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos [palmaria, patente, evidente, esperpéntica] han sido utilizados. Y conecta tal razonamiento con el de OCTAVIO DE TOLEDO, que ya señaló que poner el acento «en la entidad del desacuerdo» de la resolución con el Derecho es un completo error⁹⁸. Para este autor, la prevaricación se cualifica atendiendo al elemento subjetivo del tipo («a sabiendas»), siempre y cuando lo materialmente resuelto sea abiertamente incompatible con el Derecho y no haya el más mínimo sustento interpretativo del sentido del acto, pero con independencia de la mayor o menor entidad de la vulneración del ordenamiento jurídico, tanto en más como en menos.

Es decir, que como apunta la última Sentencia citada, es posible que un acto radicalmente nulo no sea delictivo (lógicamente, pues ello desvirtuaría por completo la categoría administrativa prevista en el art. 47 LPAC); e igualmente es posible que un acto meramente anulable —incluso la desviación de poder— sea constitutivo de prevaricación administrativa del art. 404 CP. Lo decisivo será el supuesto de hecho en que la ilegalidad «palmaria» o «esperpéntica» se ha

⁹⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Op. Cit.* Págs. 32 y sig.

producido y no la pura infracción formal, pues lo «esperpéntico» será entonces *cómo y porqué* ha tenido lugar la resolución, atendiendo no solo a su falta encaje jurídico, sino a las circunstancias que han rodeado su emisión⁹⁹.

Pese a lo acertado de estas conclusiones, pues de lo contrario la prevaricación sólo podría tener lugar cuando la resolución fuera radicalmente nula (en un plano jurídico puramente objetivo), lo que excluiría la *desviación de poder*, al ser un supuesto de anulabilidad (art. 48.2 LPAC), en nuestra opinión, se acentúa en exceso el elemento subjetivo e intencional, de tal manera que lo decisivo siempre será el porqué del torcimiento del Derecho —el abuso—, dejando en un segundo plano la exacta calificación del acto administrativo resolutorio¹⁰⁰. El delito, según ha señalado PESSINA con maestría, es «acción humana como materia de la violación del derecho, considerada del lado del propósito»; y, al tiempo, «acción humana como materia de la violación del derecho, considerada del lado externo de la ejecución»¹⁰¹. Con estos datos, debemos dar por superada la visión, más simple, de la *prevaricatio* como una decisión extramuros del Derecho, más allá incluso de la nulidad de pleno derecho.

⁹⁹ Reflejo doctrinal de esta postura es MUÑOZ CONDE, quien apunta que deberá valorarse «cada caso en concreto en base a consideraciones materiales y no puramente formales». MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 8ª Ed. Universitaria Ramón Areces, 2009, pág. 749.

¹⁰⁰ La STS de 4 de marzo de 2016, Ponente Sr. GIMÉNEZ GARCÍA, señala que «la nota de arbitrariedad es un *aliud* diferente al control judicial de los actos administrativos por la jurisdicción contenciosa. La nota de arbitrariedad supone que un apartamiento de toda normativa, es la *voluntad desnuda* de las personas concernidas la que se erige en única fuente de la decisión». Por tanto, respecto al delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP —pues no debemos extender este análisis más allá de sus fronteras— el concepto de arbitrariedad excede por completo de una u otra categoría o supuesto de invalidez del acto o resolución administrativa, y se inserta más bien en el contenido de la voluntad o conciencia del emisor de la decisión, viciada por su contenido y por la propia razón de su emisión.

¹⁰¹ PESSINA, E. *Elementos de Derecho Penal*. Ed. Reus, 1936, págs. 328 y 465.

Sin embargo, como ha señalado GONZÁLEZ CUSSAC, éste sería solo «el inicio» del problema¹⁰², pues a la vuelta de la esquina nos encontramos con un buen número de supuestos de aplicación del Derecho en el que la *magnitud* de la contradicción es difícil de precisar, además de los casos de ejercicio discrecional del poder, o de la precisión de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, de tan frecuente utilización en el Derecho Administrativo y que necesitan de un previo juicio subjetivo por parte del aplicador del Derecho que no siempre es fácil o unívoco.

8.9.- COMPLEJIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y PREVARICACIÓN

Dicho lo anterior, conviene incidir en la indicada complejidad o dificultad para determinar la entidad de la vulneración del ordenamiento jurídico-administrativo, como un elemento que puede ser determinante de la tipicidad.

Sobradamente conocida es la cada vez mayor complejidad del Derecho Administrativo, de su «hiperjuridificación»¹⁰³ legislativa derivada de múltiples centros de producción normativa, muchas veces en ejercicio de competencias entrecruzadas, llegando a publicarse, literalmente, «miles» de normas anualmente, sin que los propios operadores sean muchas veces conocedores de la realidad jurídico positiva de cualquier ámbito sectorial regulado¹⁰⁴.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta delicada cuestión en su Sentencia 47/1995, de 6 de febrero (FJ 2), al señalar:

«Plantean los actores de este modo una cuestión que podría tener una especial relevancia. El tipo penal por el que fueron condenados (la prevaricación dolosa) descansa, entre otros elementos, en una ilicitud de la Resolución dictada por el funcionario que sea clara y patente, que revele en su autor una actitud de desprecio de la norma que atente directamente contra el principio de sumisión del obrar administrativo a la Ley y el Derecho, como los propios Tribunales puntualizan al identificar el bien jurídico protegido.

¹⁰² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Op. Cit.*, pág. 51.

¹⁰³ Término acuñado por GARCÍA DE ENTERRÍA.

¹⁰⁴ Es un fenómeno que Carl SCHMITT denominó gráficamente «legislación motorizada»; y ORTEGA «legislación incontinente».

Sucedee en este caso, sin embargo, que el proceso de "funcionarización" del personal que había tenido lugar en la Comunidad Autónoma de Baleares estaba revestido de una notoria complejidad, siendo preciso cohonestar en él situaciones muy diversas del personal afectado con el derecho de la Administración a autoorganizarse. En esta situación, el conocimiento y resolución desde el sólo ámbito de la jurisdicción penal de la cuestión planteada podría generar efectos no deseables, como lo sería la eventual condena penal de los actores por dictar una Resolución que el orden contencioso de la jurisdicción estimase después conforme a Derecho, y la propia inseguridad del funcionario ante la gravedad de la reacción frente a una conducta que ha de moverse en los márgenes de una legalidad de proverbial complejidad en su comprensión y aplicación, como lo es el moderno Derecho Administrativo, Por ello podría ser sostenible desde la perspectiva constitucional, un argumento que sostiene la necesidad en casos como el presente, y no sólo la conveniencia, de que el Juez penal adoptase las medidas previstas en el art. 4 L.E.Crim., con el objeto de posibilitar un pronunciamiento sobre la licitud de la resolución por parte del orden contencioso-administrativo».

De lo que puede deducirse que el Tribunal Constitucional marca el sendero del escasísimamente utilizado art. 4 LECRIM, en relación con el deber de plantear cuestión prejudicial administrativa en casos de cierta complejidad, en los que fuera necesario el empleo de técnicas propias del Derecho Administrativo, cuyo conocimiento está reservado a la jurisdicción contencioso-administrativa, dado su especialidad. Sobre esta cuestión de la prejudicialidad abundaremos en otro apartado de este trabajo.

8.10.- LA PREVARICACIÓN POR «DESVIACIÓN DE PODER»

De nuevo, con el concepto de «desviación de poder» debemos hacer ciertos deslindes, a fin de perfilar sus contornos jurídico penales y administrativos.

La jurisprudencia¹⁰⁵ concreta que la resolución prevaricadora en virtud del art. 404 CP puede ser arbitraria por (1) falta de competencia, (2) infracción de normas esenciales que regulen el procedimiento administrativo, (3) contravención de la legislación vigente, o también por (4) incurrir en «desviación de poder».

Tal *desviación* se contempla expresamente en el art. 48.1 LPAC, que define los supuestos de *anulabilidad* de los actos administrativos: «Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder».

Y se define en el art. 70.2 LJCA:

«La sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».

No parece, pues, vista la literalidad de las normas de Derecho Administrativo que la «desviación de poder» constituya en sí mismo un supuesto de invalidez de máxima gravedad, a tenor de encontrarse en el «cajón de sastre» del art. 48 LPAC («cualquier [otra] infracción del ordenamiento jurídico»). Desde el punto de vista del Derecho Administrativo la desviación de poder es fruto de la distinción entre potestades regladas y potestades discrecionales. En las primeras la Ley habilita al poder público para el ejercicio de una potestad regulando agotadoramente todos los supuestos y condiciones de dicho ejercicio (*accertamento*, en la doctrina italiana); en el caso de la potestad discrecional, la Ley remite a un juicio subjetivo del órgano administrativo para que sea este quien decida entre varias opciones legítimas. Es la Ley quien establece —en ambos casos— la medida del ejercicio de la potestad, pero en un caso utiliza fórmulas y reglas muy encorsetadas y en el otro más abiertas o *discrecionales*. De tal modo que, constatado que la voluntad administrativa no se ajusta en puridad a la finalidad condicionante de su ejercicio, el ordenamiento administrativo sanciona

¹⁰⁵ Entre muchas otras, la ya citada STS 19 de mayo de 2016, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre (FJ 14).

al acto, considerándolo inválido por anulable, con la consecuencia jurídica que es propia, la retroacción de las actuaciones al momento previo al vicio, con efectos *ex tunc*. Supuestos de «desviación de poder» que tienen su fundamento primordial en que la Administración utiliza su *poder* para una finalidad de naturaleza pública, o aun privada, pero distinta a la prevista en la norma habilitante¹⁰⁶.

De muy diferente significación es la «desviación de poder» que puede cualificar el tipo del delito de prevaricación administrativa previsto en el art. 404 CP.

De entrada, conviene dejar claro que —obviamente— no toda «desviación de poder» es constitutiva de delito, pues, más aun, no toda resolución viciada de nulidad radical, invalidez aun más grave, puede ser tildada de criminal.

Por consiguiente, la desviación de poder que pueda considerarse prevaricadora debe tener ciertos caracteres añadidos, muy diferentes de aquéllos que contempla los arts. 48.1 LPAC y 70.2 LJCA. No es suficiente la mera ilegalidad, ni podemos identificar «desviación de poder» con un supuesto de nulidad radical, pues no lo es (art. 48.1 LPAC). En realidad, del examen de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo lo que se deduce es que *toda prevaricación administrativa implica una desviación de poder*, pues además de ser dictada una resolución arbitraria, palmariamente arbitraria o incluso «esperpéntica», se requiere que tal confrontación con el ordenamiento jurídico, que tal «torcimiento», haya sido deliberadamente articulado por el funcionario, a fin de dar satisfacción a fines particulares y espúreos. Es por ello por lo que el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP exige un dolo directo, ni siquiera eventual, reforzado¹⁰⁷ en el sentido de verificarse de un modo casuístico

¹⁰⁶ La STS (Sala 3ª), de 18 de junio de 2001, Ponente Sr. Xiol Rios, señala que: «la jurisprudencia tiene declarado que la desviación de poder resulta apreciable cuando el órgano administrativo persigue con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, o cuando la finalidad que pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma».

¹⁰⁷ Así lo establece la STS de 16 de febrero de 1996, Ponente Sr. García-Calvo Montiel: «el Delito cuestionado requiere un dolo específico y, en cierto modo, reforzado en cuanto se exige que se trate de una resolución tomada a sabiendas y con conocimiento pleno de la injusticia de la resolución. Por ello, la doctrina de la Sala destaca siempre que la injusticia

que el fin perseguido al dictar la resolución no es que se aparte del establecido por la norma habilitante, sino que la misma ha sido adoptada por capricho, apartándose o sin atenerse mínimamente a las técnicas interpretativas y sin otro norte que el de la satisfacción de un interés particular e injusto¹⁰⁸.

Nuestra opinión es, pues, que toda prevaricación (art. 404 CP) merece ser calificada como desviación de poder; que no existe como *aliud* la categoría de prevaricación *por* desviación de poder; y que no puede articularse un tipo específico de prevaricación, que no suponga una violación de la norma, más que *por desviación de poder*. Más al contrario, toda prevaricación ha de implicar una *atroz* (evidente, flagrante, clamorosa...) vulneración del ordenamiento jurídico, pues de lo contrario quedaría en entredicho el carácter fragmentario del Derecho Penal, su condición de *ultima ratio* y la propia virtualidad de la jurisdicción contencioso-administrativa. Siendo que tal vulneración ha de ser dolosa y deliberadamente dirigida por su autor a la consecución maliciosa de fines no acordes con la voluntad de la Ley, creando —con tal fin— una apariencia de legalidad y valiéndose de la cobertura que ofrece el principio de ejecutividad y la presunción de validez de los actos administrativos (arts. 38 y 39 LPAC), principios que son pilares esenciales del funcionamiento de la Administración en un Estado de Derecho, cuya quiebra deliberada es especialmente grave.

de la resolución dictada en asunto administrativo ha de ser clara y manifiesta, pues si existiera alguna duda razonable en tal extremo, desaparecería el aspecto penal de la implicación para quedar reducida la cuestión a una mera ilegalidad a depurar en los correspondientes procedimientos administrativos (Sentencias de 10-4-92 y 26-2-92, entre otras). Por otra parte, en cuanto al elemento subjetivo del injusto, es necesario que los acusados procedan con conocimiento de la ilegalidad de su actuación. La intención dolosa no basta deducirla de consideraciones más o menos fundadas, sino que es preciso prueba evidente que no deje duda alguna del comportamiento anímico de los sujetos activos del delito».

¹⁰⁸ ORTS BERENGUER, E; COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J. y CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte especial*. 3ª Ed. Universidad Valencia, 2007, págs. 450 y ss.

8.11.- EL «RESULTADO» MATERIALMENTE INJUSTO DE LA RESOLUCIÓN

De nuevo nos encontramos con un concepto equivoco.

El delito de prevaricación del art 404 CP, conforme a la mayoría de la doctrina y jurisprudencia¹⁰⁹, es un delito «de mera actividad», cuya consumación tiene lugar sin necesidad de que se produzca resultado externo alguno; se trataría de un delito «de pura conducta o de simple comportamiento»¹¹⁰ (ANTOLISEI).

Por ello, sorprende que la jurisprudencia reiterada de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (STS de 27 de julio de 2016, Ponente Sr. Sánchez Melgar, citando a su vez otras SSTs nº 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre) señale que,

«para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;

que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;

que la 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;

que ocasione un resultado materialmente injusto;

que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho».

¹⁰⁹ En este trabajo ya hemos citado la STS 391/2014, de 8 de mayo (FJ 11), Ponente, Sr. Maza Martín y la SAP de Málaga de 10 de octubre de 2000, sobre el carácter de delito de «mera actividad». En contra de la doctrina mayoritaria, sin embargo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO ha manifestado su opinión divergente, sosteniendo que la prevaricación es un delito «de resultado», siendo la propia resolución arbitraria el resultado típico, producto de la conducta de «dictar» la misma.

¹¹⁰ ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè Editore, 2008 pág. 229.

Sin que habitualmente el Tribunal Supremo justifique con precisión qué significa o cuáles son los parámetros para determinar la existencia de tal «resultado materialmente injusto».

El Alto Tribunal, —solo en algunas sentencias y de un modo ciertamente tautológico— indica que hay prevaricación «cuando el resultado es una injusticia, es decir una lesión de un derecho o del interés colectivo» (STS de 17 de septiembre de 2015, Ponente Sr. Palomo del Arco, que cita a su vez muchas otras, SSTs de 23 de mayo de 1998, de 4 de diciembre de 1998, de 18 de mayo de 1999 o de 10 de diciembre de 2001), o «cuando se perjudica al ciudadano afectado o a los intereses generales de la Administración» (STS de 7 de enero de 2003, Ponente Sr. Aparicio Calvo-Rubio).

Realmente, con este *requisito*, el Tribunal Supremo está reafirmando la exigencia de que la conducta prevaricadora ataque directamente al bien jurídico protegido por el delito, es decir, que se lesione la confianza de los ciudadanos en sus instituciones, lo que en sí mismo sería generador de un *injusto material*. Reiteramos, no obstante, nuestra opinión —coincidente con la jurisprudencia y doctrina mayoritaria— de que la consumación del delito de prevaricación es de mera actividad, de pura conducta, sin necesidad que tenga lugar resultado externo alguno, más allá del elemento objetivo del tipo que es el propio dictado de la resolución arbitraria.

8.12.- QUE LA RESOLUCIÓN SEA DICTADA «A SABIENDAS DE SU INJUSTICIA»

Exige el art. 404 CP que la autoridad o funcionario haya dictado la resolución arbitraria, «a sabiendas de su injusticia». Hemos analizado *supra* tanto el carácter *arbitrario* como el *resultado material injusto*. Ahora, en nuestra opinión, estaríamos considerando el «engarce» entre ambos requisitos. Nos explicamos.

La arbitrariedad exigida por el tipo penal supone un plus de injusticia; es necesario que la resolución dictada vulnere de un modo grosero y palmario el ordenamiento jurídico. Y que dicha vulneración obedezca al puro capricho del funcionario. Desde esta perspectiva, ya muy cercana —pero diferente— al concepto que ahora estudiamos, la arbitrariedad constituye un elemento subjetivo del injusto, pues para constatar el carácter antijurídico de la conducta hay que recurrir necesariamente a la constatación de elementos anímicos del sujeto activo

(SÁINZ CANTERO), concretamente a esa voluntad de *retorcer* el derecho caprichosamente.

El tipo penal del art. 404 CP exige además que la resolución arbitraria se haya adoptado «a sabiendas» de su injusticia, constatando el necesario conocimiento que el sujeto ha de tener, sobre los elementos constitutivos del tipo penal y sobre la significación antijurídica de la conducta, hasta el punto de exigirse que tal conocimiento intelectual abarque el resultado materialmente injusto que su acción provoca.

Desde esta perspectiva el requisito de dictarse la resolución «a sabiendas» pertenece al ámbito de la culpabilidad, configurando un delito de naturaleza inequívocamente dolosa¹¹¹. Es muy importante esta apreciación, pues el dolo requerido por el tipo es un dolo reforzado, directo, cualificado ya desde el elemento subjetivo del tipo (la arbitrariedad) y determinado expresamente por la locución «a sabiendas de su injusticia». Se exige, por consiguiente, un *dolus malus*, y se excluye el dolo eventual¹¹², pues el funcionario ha de querer el resultado injusto y materialmente lesivo del bien jurídico protegido por el delito.

El sujeto activo debe *querer o perseguir* tanto la resolución arbitraria (torcida a su exclusivo capricho, por ser expresivo) como el resultado de la misma, la injusticia que se crea con el hecho de su producción.

¹¹¹ Como definió MEZGER, «actúa dolosamente el que conoce las circunstancias del hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado». MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Vol. II. Hammurabi, 2010, pág. 102.

¹¹² OCTAVIO DE TOLEDO sostiene una opinión contraria a la mayoría de la doctrina en este punto. Según este autor, «la locución “a sabiendas” es compatible con el dolo eventual, conforme a la teoría del conocimiento o de la probabilidad de la que participo. Pues bien, difícilmente cabe encontrar una palabra que, implicando voluntad, sea más compatible con la contextura del dolo eventual que ésta de “arbitraria”». GARCÍA ARÁN Y GONZÁLEZ CUSSAC rechazan la inclusión del dolo eventual en la voz «a sabiendas» razonando que «no basta la mera probabilidad, sino que resulta imprescindible un conocimiento cierto de la injusticia». OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Op. Cit.* Págs. 34 y sig. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 104 y ss.

La STS de 16 de junio de 2016, Ponente Sr. Saavedra Ruíz, sobre este particular, señala:

«En cuanto al tipo subjetivo, exige el artículo 404 CP que la autoridad o funcionario público dictare la resolución arbitraria "a sabiendas de su injusticia", lo que hace referencia y refuerza el dolo del sujeto activo, lo que parece excluir el eventual, no habiendo previsto el legislador el tipo imprudente. El alcance de este elemento subjetivo ha sido considerado por la jurisprudencia como el conocimiento de la injusticia de la resolución y a pesar de ello ejecutarla anteponiendo el sujeto su voluntad a la aplicación del derecho. Se trata por lo tanto de un hecho interno del que tendrá que partir el Tribunal de instancia para aplicar el delito.»

Igualmente, la STS de 19 de mayo de 2016, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre, insiste en la exclusión del dolo eventual:

«La exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004).»

Por otro lado, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha analizado en diversas ocasiones el modo en que el Tribunal debe alcanzar la convicción de la acción dolosa en el caso del delito de prevaricación administrativa, siendo necesario un examen indiciario por tratarse de un hecho interno del sujeto activo. Así, la STS de 24 de noviembre de 2015, Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón, señala:

«Lo que se cuestiona en el delito de prevaricación es la concurrencia del requisito subjetivo, "a sabiendas de su injusticia", que es lo que se ha acreditado a través de prueba indiciaria. Pero ha de tenerse en cuenta que la prueba de este elemento subjetivo del delito de prevaricación, que constituye la esencia de la cuestión controvertida en este recurso, al referirse a elementos internos (lo que el autor conoce, pretende o desea), no puede ser

determinado generalmente por prueba directa, precisamente porque no se trata de un hecho del mundo exterior perceptible por los sentidos, sino mediante un juicio de inferencia deducido a través de un proceso intelectual, razonado y razonable, de los datos fácticos concurrentes que figuren en la declaración probatoria de la sentencia. Es decir que la acreditación del elemento subjetivo del tipo de prevaricación a través de la prueba de indicios constituye un supuesto generalizado».

Resumidamente, el art. 404 CP configura un tipo doloso en el que el elemento subjetivo del tipo es la arbitrariedad con la que se dicta la resolución, siendo la locución «a sabiendas de su injusticia» expresiva de la exclusión del dolo eventual¹¹³ y de la necesidad de la conclusión de un resultado material injusto, ilícito por ser abiertamente contrario al ordenamiento jurídico, en los términos expresados con anterioridad.

¹¹³ Como señala CUELLO CALÓN, el dolo es indirecto o eventual cuando el agente se representa como posible un resultado dañoso y no obstante tal representación no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. En esta clase de dolo entran dos elementos: a) previsión de un resultado dañoso que no se quiere directamente (no se quiere el resultado, pero no se deja de quererlo); b) aceptación de este resultado. El dolo eventual marca la frontera entre el dolo y la culpa, más allá del dolo eventual está la intención directa, al otro lado la culpa consciente. En el dolo eventual el agente acepta el resultado ilícito cuya producción aparece como posible, en la culpa consciente obra con la esperanza, o mejor aún, confía en que el resultado no llegará a producirse. CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Ed. Bosch, 1963, pág. 424.

**IX – AUTORÍA Y
PARTICIPACIÓN EN EL
DELITO DE
PREVARICACIÓN
ADMINISTRATIVA**

IX - AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Tal y como se ha expuesto, el delito de prevaricación administrativa es un delito *especial* que solo puede ser cometido por una singular categoría de personas, que son las autoridades y funcionarios públicos. Como ejemplo, la STS de 2 de diciembre de 2015, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca, señala:

«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)».

Ello restringe los supuestos de autoría, siendo que quien lo ejecuta realizando los elementos objetivos y subjetivos que integran la figura legal —el tipo penal— sólo puede ser una autoridad o funcionario en la significación que ya ha sido expuesta (art. 24 CP).

Reiteramos también nuestra postura en relación con la exigencia de que en el sujeto activo del delito, en el autor, concorra no solo la estricta condición de funcionario o autoridad, sino que esté investido de la competencia funcional que integre el deber transgredido con la conducta prevaricadora. Es cierto que el Código Penal contempla un concepto de funcionario mucho más amplio que el estrictamente administrativo, siendo el elemento esencial la *situación material de dominio de la función pública*, más allá del cargo, situación administrativa, laboral u otras. No obstante, el autor del delito de prevaricación ha de ser aquel funcionario que disponga de la competencia material o funcional relacionada con el objeto de la trasgresión, pues de lo contrario es obvio que no se estará atendiendo al bien jurídico protegido por el tipo, que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública y no la dignidad de la función en abstracto.

Dicho de otro modo, más sencillo, un funcionario o autoridad no podrá ser *autor* del delito de prevaricación administrativa si no es *el funcionario competente* en

relación con la materia o sector de actividad (contratación pública, urbanismo, gestión económica, etc.) objeto de la infracción; podrá ser, en su caso, partícipe, como enseguida veremos, pero no autor del delito, pues el delito del art. 404 CP es *especial* y «*de deber*», en el sentido expuesto por ROBLES PLANAS¹¹⁴, en el que la relevancia penal de la conducta —a título de autor— se supedita a que ésta llegue a lesionar el bien jurídico penalmente relevante, que es el correcto funcionamiento de la Administración y no la dignidad de la función pública.

9.1.- AUTORÍA, COAUTORÍA Y AUTORÍA MEDIATA EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

El art. 28 CP, primer párrafo, señala: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento».

Conforme a lo expuesto anteriormente, el delito sólo puede ser cometido, a título de autor «estricto» (SÁINZ CANTERO), por el funcionario o autoridad competente que haya dictado la resolución prevaricadora, pues éste dictado es precisamente el principal elemento objetivo del hecho típico.

Ceñida de este modo la autoría, se hace enormemente complicado encontrar un supuesto de coautoría en el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP. Habría de tratarse de la intervención de dos o más funcionarios o autoridades *competentes* y, lo que aún es más difícil, que hayan participado en el dictado de la resolución prevaricadora «conjuntamente», tal y como exige el Código Penal¹¹⁵. No se trata de un supuesto imposible, pues existen en el mundo administrativo

¹¹⁴ ROBLES PLANAS, R. (Dir.) *La Responsabilidad en los delitos “especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*. Ed. Bdef, 2014. Pág. 71 y sig.

¹¹⁵ La STS de 22 de diciembre de 2010, Ponente Sr. Jorge Barreiro, contiene una amplia exposición de la doctrina sobre la coautoría por «condominio funcional del hecho» y concluye que quien decide cometer un hecho delictivo con otro, y lo apoya activamente con su presencia, es coautor aunque la agresión la ejecute otro, que sabía que contaba con la ayuda y la colaboración relevante del recurrente en el caso de que tuviera problemas para lograr el objetivo criminal, conjuntamente planeado.

actos de naturaleza compleja o colegiada¹¹⁶, en cuya producción interviene un concurso de voluntades sobre el mismo objeto, procedentes de distintos órganos administrativos¹¹⁷. Aun así, resultaría discutible y no nos atrevemos a pronunciarnos de un modo genérico y sin atender a un supuesto de hecho específico, pues hasta en tales supuestos cabría argumentar que tal concurso de voluntades no recae sobre el mismo objeto competencial, pues como es sabido, la distribución de competencias entre los distintos órganos administrativos —más aun cuando se trata de órganos pertenecientes a Administraciones Públicas diferentes— se produce habitualmente *ratione materiae*.

Desde luego, en nuestra opinión, no es un caso de coautoría aquél en que participen dos o más funcionarios o autoridades en la producción de un acto

¹¹⁶ ENTRENA CUESTA se refiere a los actos de esta naturaleza en estos términos: «en el acto administrativo complejo, la voluntad única del ente o de varios entes cooperantes se determina mediante el concurso en orden a un mismo objeto de las manifestaciones de voluntad de varias personas físicas o morales que tienen un interés idéntico bajo el aspecto jurídico. El acto complejo, continúa el mismo autor, puede ser *igual* o *desigual*; si la participación de cada uno de los quereres concurrentes corresponde en medida e importancia (jurídicamente valorada) a la participación del-otro, y desigual en el caso contrario. Tanto los actos iguales como los desiguales pueden representar la expresión del querer o de un ente jurídicamente único, o de la unión de hecho de entes Jurídicamente distintos. En el primer caso, los actos *iguales* se llaman actos *colegiales*; en el segundo, *acuerdos*. Los actos *desiguales* en el primer caso resultan del concurso de las manifestaciones volitivas de autoridades, jerárquicamente ordenadas; en el segundo, del concurso de las voluntades de entes diversos, una de las cuáles representa la parte principal y la otra o las otras la parte accesoria del acto». ENTRENA CUESTA, R., *El acto administrativo complejo en la esfera local*, en la Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 95, 1957, págs. 658 y ss.

¹¹⁷ Singularmente, constituye un supuesto de actos complejos los aprobatorios de ciertos instrumentos de planificación urbanística, verificados en procedimientos de naturaleza *bifásica* en los que intervienen, con facultades decisorias propias, los órganos competentes de la Administración local y autonómica.

prevaricador en cualquier procedimiento administrativo¹¹⁸, pues sólo aquél que pone fin al procedimiento al resolver sobre el fondo, puede considerarse «resolución» a efectos del art. 404 CP, y la competencia para su emisión recae sobre un particular órgano administrativo, cuyo titular sí puede ser considerado autor, no así el resto de funcionarios o autoridades que hubieren *preparado* la resolución mediante la emisión de informes u otros actos de trámite, que en todo caso podrían ser partícipes del hecho delictivo, pero nunca autores en sentido estricto o directo.

En cuanto a la autoría mediata, se trata de un supuesto de casi imposible configuración en el delito del art. 404 CP. Lo examinamos.

Tal y como señala el art. 28 CP, la autoría mediata exige un autor —llamado *mediato*— que para la ejecución del hecho punible se sirve de otro como instrumento, siempre y cuando el *autor mediato* disponga de un completo dominio del hecho sobre el tercero, que sería puro instrumento. Así es como la doctrina alemana, principalmente MEZGER y WELZEL, configuran la institución, con gráfica expresión: «el hombre de atrás». Y así es como se recoge en el Código Penal y por la doctrina española¹¹⁹. Siendo que «el instrumento», a su vez, puede actuar de un modo voluntario o culpable, o incluso ser forzado o no culpable¹²⁰.

En el caso del delito de prevaricación del art. 404 CP, sin embargo, sólo una persona es la que puede ser autora, por ser el funcionario o autoridad competente para dictar la resolución. El «hombre de atrás» que se vale de un instrumento, por consiguiente, al no tener dicha condición, no puede ser considerado autor; y si dicho *hombre* fuera el funcionario competente, es claro que el *instrumento* no

¹¹⁸ Recordemos que el procedimiento administrativo es definido como «el modo de producción de los actos administrativos» (TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ), consistente una sucesión de actos en el tiempo cuya finalidad es la producción de acto *resolutorio* sobre el asunto que se plantee, siendo los actos de trámite aquellos preparatorios de la resolución emitida sobre el fondo.

¹¹⁹ Así, como ejemplo significativo, RODRIGUEZ MOURULLO, G., *El autor mediato en el Derecho Penal*, en el Anuario de Derecho Penal, 1969.

¹²⁰ Por ejemplo, la actuación de un subordinado, que ejecuta una orden de buena fe y creyendo actuar conforme a la Ley.

podría dictar la resolución prevaricadora. No es tampoco un supuesto «de laboratorio», pues bien podría un sujeto valerse de un funcionario competente como instrumento que dictase en su beneficio la resolución prevaricadora. Sin embargo, en este caso, el autor directo sería el propio funcionario o autoridad y el «hombre de atrás» nunca podría ser considerado autor por carecer de la condición subjetiva exigida por el tipo, pudiendo ser, no obstante, considerado partícipe como inductor u otra figura, pero no como autor mediato, lo que crea un supuesto de menor penalidad, como veremos, por aplicación del art. 65.3 CP. E incluso podría darse una situación paradójica, pues si el autor directo no fuera responsable —por no actuar dolosamente—, el «hombre de atrás» podría quedar impune, por aplicación del principio de accesoriedad relativa¹²¹ que rige en el Derecho Penal español.

Estaríamos ante un supuesto límite. El principio de accesoriedad presupone la naturaleza *accesoria* de la participación delictiva, de tal manera que se considera «relativa» al exigirse como requisito para castigar al partícipe que el hecho del autor sea típico y antijurídico (la mera referencia al «hecho» de los arts. 28 y 29 CP así lo indicaría). Por ello, en hipótesis, podría castigarse a dicho partícipe aun cuando el autor no fuese culpable. En tal caso, en relación con el delito de prevaricación del art. 404 CP, habría de plantearse, como cuestión teórica, pero con extraordinaria repercusión práctica, si el dictado de una resolución «arbitraria» pertenece al ámbito de la antijuridicidad o al de la culpabilidad.

La STS de 26 de marzo de 2013, Ponente Sr. Granados Pérez, aborda directamente esta cuestión, disponiendo que el correcto entendimiento de la accesoriedad supone la existencia de un hecho principal típico y antijurídico, que ese hecho sea atribuido a una persona concreta, aun cuando la misma resulta finalmente absuelta por ausencia de culpabilidad. De este modo, lo relevante en la accesoriedad limitada es la ejecución de un hecho (unidad de hecho) por un autor (responsable o no) y la participación en él de otras personas por título de inducción, cooperación o complicidad, siendo irrelevante que el autor directo sea o no culpable. En el caso de la prevaricación el dolo directo quedaría circunscrito, en tal caso, a los partícipes, pues el tipo no admite la comisión imprudente.

¹²¹ Arts. 28 y 29 del Código Penal.

Transcribimos los pasajes más relevantes de la sentencia citada, por su importancia:

«La importancia que el principio de accesoriedad tiene en la dogmática mayoritaria y en la jurisprudencia de esta Sala, no necesita ser argumentada. De hecho, aquel principio ha llegado a ser considerado como una necesidad conceptual. Ello no debe ser obstáculo, sin embargo, para reconocer que no faltan propuestas dogmáticas minoritarias que explican la coparticipación sin necesidad de recurrir al principio de accesoriedad, argumentando que el partícipe realiza su propio injusto. Pese a todo, es cierto que esta Sala -en sintonía con la doctrina dominante-, ha convertido el principio de accesoriedad en uno de los fundamentos del castigo del partícipe y de este dato incuestionable hemos de partir para concluir la ausencia de la infracción legal que denuncia el recurrente. El principio de accesoriedad, pese a la sutil propuesta de la defensa del recurrente, no se explica por la relación entre el partícipe y el autor material, sino por la acción que uno y otro protagonizan. Para que pueda haber accesoriedad es indispensable que exista un hecho principal típicamente antijurídico. El que ese hecho de relevancia jurídico-penal pueda ser atribuido a una persona concreta o que aquélla a la que inicialmente se imputaba resulte absuelta, en nada afecta a la afirmación de accesoriedad. Llevado el razonamiento de la defensa a sus últimas consecuencias, habríamos de aceptar que en un supuesto, por ejemplo, de asesinato en el que hubieran resultado procesados el autor material y varios cooperadores necesarios, el fallecimiento del primero obligaría al sobreseimiento de la causa respecto de los restantes. Y más ajustada al caso que ahora examinamos, es la Sentencia 222/2010, de 4 de marzo, que examina un supuesto parecido en el que los que dictaron la resolución arbitraria no eran culpables, sentencia en la que se declara que el elemento "a sabiendas" expresado en la descripción del tipo de prevaricación, de obvia naturaleza subjetiva, puede suscitar la cuestión de su integración en la determinación del injusto - configurando el dolo- o como presupuesto de la reprochabilidad del comportamiento al autor -conciencia de antijuricidad-. Si advertimos que, con o sin tal conocimiento, las resoluciones eran injustas, poca dificultad acarrea subsumir aquel elemento entre los personales propios

del juicio de culpabilidad. Cuando el tipo objetivo incluye elementos normativos -ajenidad de la cosa mueble que se toma-, el conocimiento de su concurrencia es, en lo subjetivo, una de sus exigencias. Sin ella el hecho -la toma de esa cosa- no es ilícito. En el delito de prevaricación administrativa la "arbitrariedad" de la resolución es un elemento normativo del tipo. Pero, a diferencia de otros supuestos, como el del hurto de la cosa ajena, la diferenciación entre la injusticia de la resolución dictada y la del acto de dictarla -posibilitando concluir, en algún caso, que no es injusto dictar una resolución injusta- constituye un uso del lenguaje que lleva a una interpretación contraria al sentido de la ley. Por eso la interpretación de la expresión, utilizada en el artículo 404 del Código Penal, "a sabiendas de su injusticia" no debe llevar a tener por atípica la decisión del funcionario, sino a su mera exculpación, cuando se estime que no actuó bajo esa condición. Pues bien, siendo así, la absolución del Conseller no implica necesariamente que la sentencia proclame que los hechos cometidos por aquél -resoluciones concediendo subvención y adjudicando contrataciones- no eran injustos. Y así es claro que la objeción puesta a la participación -como supuestamente inviable respecto de un hecho justo- carece de fundamento. Lo anterior ya haría innecesario entrar a considerar si la accesoriedad de la participación, como exigencia de que el hecho en el que se participa sea típico y antijurídico, se satisface si la intervención concurre a un hecho de antijuridicidad meramente objetiva. Es decir, si cabe responsabilizar al partícipe con independencia del componente subjetivo del tipo ejecutado por el autor. Y sí por ello, cabría participar en un hecho antijurídico cuyo autor principal está incurso en un error de tipo vencible o que, para él, es invencible. Nadie puede verse obligado a responder si no es por su propio comportamiento y no por el de otro. Sin embargo, el fundamento de la responsabilidad del partícipe no es ajeno al carácter injusto de lo hecho por otro, es decir por el autor. Se ha podido decir que en estos supuestos de pluralidad de intervinientes existe una unidad de hecho que deriva del sentido conjunto de las acciones de autor y partícipe. Si bien con la advertencia de que, justificada así la responsabilidad, la medida de la misma se determina en función solamente del propio comportamiento. El problema se suscita en relación al establecimiento de los elementos de ese injusto que

pueden considerarse excluibles sin que por ello deje de justificarse la responsabilidad del partícipe, porque lo realizado por el autor sigue siendo injusto. Se ha dicho por sectores de doctrina autorizados que para dictar un juicio de antijuridicidad, cuando concurren las circunstancias que colman el tipo de una norma prohibitiva, sin que, simultáneamente, concorra ninguna circunstancia objetivamente justificadora, las representaciones del autor acerca de su hecho y la situación no siempre son requeridas en la misma medida. Puede ser suficiente que el autor debiera o pudiera conocer la realización del tipo. La imputación al autor sería a título de imprudencia. El artículo 28 del Código Penal, lo que exige, es que los intervinientes, ya sean los "considerados" autores, como inductores o cooperadores necesarios, ya sean los cómplices, participen en la ejecución de un hecho. El que realiza el autor principal. Tal precepto concibe la participación conforme a la denominada accesoriedad limitada. Basta la comisión de un hecho antijurídico, aunque su autor no sea culpable. Pero, doctrina y jurisprudencia convienen en que se excluye si el hecho del autor está justificado. Es decir, no se admite que la participación esté condicionada, sólo por una accesoriedad mínima. Cuestión distinta es la admisibilidad de la participación cuando el acto ilícito del autor no reúne todas las exigencias típicas. Nada ha impedido al respecto la admisión como partícipe del sujeto en el que no concurren las objetivas condiciones típicas del autor en los denominados delitos especiales propios. Así no se cuestiona la figura de la inducción por el particular extraneus del delito del funcionario intraneus. En cuanto a la relevancia del componente subjetivo del tipo, el autor ha de actuar dolosamente. (Si actuara imprudentemente la participación lo sería en delito de esa naturaleza y solamente en el caso de que existiera la previsión típica de tal modalidad). Pero no se requiere que el dolo del autor sea el denominado *dolus malus* que implica una representación del sujeto sobre la oposición entre su comportamiento y el Derecho. Es suficiente el denominado *dolo natural* o, si se quiere, *dolo típico*, referido al hecho típico. En el delito de prevaricación ese dolo implica el conocimiento del contenido de la resolución que dicta el funcionario y la voluntad de adoptarla. Pero no implica que el autor lleve a cabo una valoración de ese contenido de la resolución. Aunque la arbitrariedad debe predicarse de dicho contenido, la valoración de ésta se

resuelve en la valoración de la propia conducta de su adopción, y por ello de la conducta del autor. Pero la valoración por el autor sobre la trascendencia jurídica de su comportamiento se inserta ya en el *dolus malus* como parte de la imputación personal o culpabilidad. En consecuencia, como dejamos dicho con anterioridad, el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de ésta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe. Quien haya ocasionado una errónea valoración por el funcionario del contenido de la resolución objetivamente arbitraria, determinando así en éste la voluntad de adoptarla, determinó la realización del hecho injusto a que se refiere el artículo 28 del Código Penal, por más que el funcionario autor no sea culpable del delito de prevaricación por no actuar "a sabiendas" de la injusticia de su resolución».

Finalmente, ya nos hemos referido en este trabajo a la autoría omisiva, a la prevaricación «en comisión por omisión», perfectamente posible según doctrina de nuestro Tribunal Supremo¹²², pero con ciertas sombras, pues esta doctrina vincula la producción de la resolución a la institución del silencio administrativo, entendiendo que la inactividad de la Administración equivale a todos los efectos a un acto resolutorio —descartando, por tanto, que se trate de una *fictio iuris*—. Nuestra opinión, ya manifestada, es que el encaje de la prevaricación en comisión por omisión en el instituto del silencio administrativo es complicado, por no decir erróneo. La reciente Ley 39/2015 (con entrada en vigor en octubre de 2016), reguladora del procedimiento administrativo no contempla —como tampoco lo hacía la anterior Ley 30/1992, desde su modificación por la Ley 4/1999— el silencio administrativo como un «verdadero acto resolutorio» a todos los efectos, sino que en una vuelta a sus orígenes más prácticos es considerado como una «cláusula de cierre» del sistema, habilitadora de los derechos del ciudadano ante la falta de respuesta administrativa en plazo. Se entremezclan, así, instituciones cuya finalidad es bien distinta, lo que da lugar a las disfunciones descritas.

¹²² Desde el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremos, de 30 de junio de 1997 y la STS de 2 de julio de 1997, Ponente, Sr. Granados Pérez, que concreta la doctrina.

Obviamente, el sentido común y razones de política criminal, inclinan a pensar que perfectamente se puede incurrir en una conducta prevaricadora cuando el funcionario o la autoridad fuerzan a sabiendas la producción de efectos jurídicos injustos y arbitrarios, mediante la simple inacción. La punición de dicha conducta omisiva es procedente, *de lege ferenda*¹²³; otra cosa es su encaje, como decimos, en el instituto del silencio administrativo, al efecto de cubrir la exigencia de tipicidad y taxatividad establecida en el art. 404 CP («dictar» una resolución) lo que, como argumentamos, no parece lo más adecuado.

No estamos de acuerdo, en definitiva, desde un punto de vista técnico y desde el derecho vigente, que el delito de prevaricación del art. 404 CP pueda cometerse en la modalidad de comisión por omisión. Primero, porque no nos encontramos ante un delito «de resultado», tal y como exige el art. 11 CP; y segundo, porque la inactividad no equivale jurídicamente —en todos los casos— al dictado de una resolución definitiva. Tal es la regulación del silencio administrativo desde el año 1999 (Ley 4/1999, de modificación parcial de la Ley 30/1992, y hoy a tenor de lo establecido en la Ley 39/2015), por lo que, en nuestra opinión, no se cubre el principio de legalidad penal y taxatividad con la descripción actual de la conducta típica del art. 404 CP.

Sí, en cambio, parece oportuno que el tipo descrito en el art. 404 CP (delito común o general) contemple lo realmente importante para atribuir un hecho a una persona que, como ha dicho el genial jurista alemán LARENZ, es si un determinado resultado puede verse «como obra de esa persona». Y que esa atribución, siguiendo las más modernas concepciones del Derecho Penal actual, pueda efectuarse en virtud de un aumento de riesgos singulares o especiales (pues —como ha dicho FRISCH— no todos los riesgos han de tener relevancia penal), derivados de la especial vinculación o sujeción especial de la función pública a ciertos cánones, de la especial posición *de garante* que ocupan ciertas personas por atribución legal, etc. Por lo que, en suma, sería acertado que la redacción del art. 404 CP se acomode a tales presupuestos.

¹²³ Así ha sucedido, por ejemplo, en las prevaricaciones especiales de los arts. 320, 322 o 329 CP, donde ya se contempla la prevaricación omisiva, no en comisión por omisión, cuya modalidad es más forzada.

9.2.- PARTÍCIPES EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL ART. 404 CP

Con SÁINZ CANTERO, estimamos a los partícipes en contraposición al concepto de autor o autores principales. La participación se da, por tanto, cuando una o varias personas intervienen en un hecho típico y antijurídico ajeno, esto es: un hecho del que otro es autor principal¹²⁴.

El art. 28 CP, segundo párrafo, señala: «También serán considerados como autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado».

Y el art. 29 CP dice: «Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

Serán partícipes del delito, por consiguiente, los inductores, los cooperadores necesarios y los cómplices.

En el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP en particular, aun siendo un delito especial, se admiten todas las formas de participación criminal, con excepción de la autoría directa que, según hemos expuesto, solo puede atribuirse al funcionario o autoridad competente que haya dictado la resolución prevaricadora.

No es esta, ni mucho menos, una cuestión doctrinalmente cerrada pues, como ha destacado SHÜNEMANN, «el enriquecimiento teórico de la categoría de la culpabilidad desde una óptica preventiva (ROXIN), así como la reconducción de esta figura a la prevención general (JAKOBS), han dado lugar a planteamientos muy novedosos», y que

«también la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas lleva a una solución distinta en el supuesto del *intraneus* que, en los delitos

¹²⁴ SÁINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Bosch, 3ª Ed., 2000, pág. 810.

especiales, actúa en error sobre el tipo permisivo inducido por un *extraneus* que conoce todas las circunstancias»^{125/126}.

¹²⁵ La cuestión, no obstante, requiere matices y ha sido objeto de profundo análisis doctrinal. Así, el profesor SILVA SÁNCHEZ expone: «los delitos especiales, en efecto, han solido asociarse a la siguiente configuración de ideas: los *intranei* son autores y los *extranei* partícipes. Ello parecería querer significar lo siguiente: de entrada, la condición de *intraneus* es condición necesaria y suficiente para ser autor de un delito especial. Pues bien si esto es lo que se pretende concluir, habría que indicar que la afirmación tiende a mostrarse errónea. En efecto, de entrada la condición de *intraneus* no es suficiente para convertir cualquier forma de intervención de un *intraneus* en un delito especial en autoría de éste. Cabe, pues, que haya *intranei* que sean solo partícipes. De aceptarse esto, habría que convenir que en algunos delitos especiales, además de la condición de autoría, para ser autor puede ser preciso que concurra la forma de organización que se exprese en la acción típica. Puede haber, pues, *intranei* no autores. Ahora bien, debe insistirse en que la aceptación de esta idea sólo es posible si se acepta que los delitos especiales o bien son reducibles a una cuestión de organización (dominio, acceso a una posición) o bien, aun consistiendo esencialmente en la infracción de un deber, muestran —al menos en algunas de sus formas de comisión— una dimensión de organización adicional al deber. Ahora bien, ¿puede haber *intranei* autores de un delito especial? De responderse afirmativamente a esta pregunta, quebraría también la apreciación de que la cualidad de *intraneus* es condición necesaria de la autoría en delitos especiales. La cuestión fundamental en este punto es la de si el círculo de *intranei* aparece como institucionalmente cerrado o es posible acceder a él en virtud de meros actos de organización. Como se ha señalado, para algunos autores existen delitos especiales en los que la condición de *intraneus* no expresa una posición institucional de deber sino una posición especial de dominio. Ésta, obviamente, no excluiría la sanción como autores de *extranei* que, excepcionalmente, por ejemplo, a través del dominio del error o de la coacción del *intraneus*, pudieran acceder a dicha posición. Así, y por poner un ejemplo muy sencillo, no serían idénticos el caso de la prevaricación funcional, que resulta institucionalmente inaccesible a la autoría de un *extraneus*, por muy decisiva que sea su intervención en el hecho; y el caso del alzamiento de bienes del deudor, en el que la intervención decisiva de un *extraneus* en el hecho como mínimo haría surgir la duda sobre la procedencia de su exclusión del ámbito de los

Ello, como veremos, tiene una importancia decisiva en orden a la efectiva penalidad que puede imponerse.

Importante es también destacar que la participación implica siempre un «concierto de voluntades» (SÁINZ CANTERO) lo que excluye la participación por imprudencia, máxime en un delito de naturaleza dolosa (reforzada)¹²⁷ como es la prevaricación del art. 404 CP.

Tal concierto de voluntades ha de producirse de un modo coetáneo, conjunto, realizando el partícipe actos típicos, aportando su conducta con suficiencia delictiva, como hecho propio y con dirección consciente.

Y teniendo en cuenta, además, la naturaleza accesoria de la participación (que tiene lugar, «en hecho ajeno»), por lo que con arreglo al principio de accesoriadad relativa —al que nos referimos *supra*— la responsabilidad del partícipe es dependiente, con ciertos límites, de la que corresponde al autor, por lo que habitualmente aquélla no existe sin ésta.

El delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP es, asimismo, un delito especial y *propio*, circunstancia determinante de que no exista título de imputación alternativo en el que encajar la conducta ilícita del colaborador en el hecho prevaricador, lo que determina una insatisfacción ontológica, desde el punto de vista de la política criminal y desde un Derecho Penal *de bienes jurídicos*, puesto que ¿cuál será entonces el interés vital que protege el tipo penal respecto a

autores». SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Prólogo a la obra de ROBLES PLANAS, R. (Dir.) La Responsabilidad en los delitos “especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*. Ed. Bdef, 2014.

¹²⁶ PEÑARANDA RAMOS se refiere también a esta cuestión, indicando que «debería no solo ser atenuada, sino excluida, la pena de aquellos partícipes a los que no pudiera comunicarse en absoluto el elemento que fundamenta la responsabilidad del sujeto cualificado por tener dicho elemento un sentido *exclusivamente personal*», siendo el «prototipo de los delitos que contienen estos elementos *limitadamente personales* los delitos contra la Administración Pública y otros delitos de funcionarios». PEÑARANDA RAMOS, E., obra conjunta de ROBLES PLANAS, R. (Dir.) *La Responsabilidad en los delitos “especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*. Ed. Bdef, 2014. Págs. 18 y 19.

¹²⁷ Aunque nada impide que pueda participarse en la comisión de un delito imprudente.

un tercero, completamente ajeno a la vinculación especial *de deber* que compete sólo al funcionario?

La visión — más pragmática — del Tribunal Supremo español nos ofrece las siguientes claves:

La STS de 27 de julio de 2015, Ponente Sr. Saavedra Ruíz, señala con carácter general el título de participación de terceros no funcionarios en el delito de prevaricación administrativa:

«El artículo 404 CP castiga "a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo...". Los delitos especiales, propios o impropios, se caracterizan porque el sujeto activo debe reunir una cualidad o condición descrita en el tipo penal, autoridad o funcionario generalmente, que determina una consideración especial que incide en la autoría y su relación con la participación, de forma que como ha señalado nuestra jurisprudencia tradicional solo pueden ser autores las personas investidas de dichas atribuciones, mientras que los extraños a las mismas pueden ser partícipes a título de inductores, cooperadores o cómplices. En consecuencia, la teoría del dominio del hecho para determinar al autor no es suficiente por cuanto se precisa típicamente reunir la condición de funcionario competente para dictar la resolución, en el caso de la prevaricación, lo cual excluye en principio la coautoría o la autoría mediata (artículo 28.1 CP) en estos delitos de los extraños que no reúnen tal condición».

La STS de 26 de abril de 2016, Ponente Sr. Granados Pérez, contempla un supuesto de partícipe como inductor en el delito de prevaricación:

«También se rechaza la comisión del delito de prevaricación esgrimiendo como argumento que carece de la condición de funcionario o autoridad. Sobre este extremo tiene establecido esta Sala de forma reiterada que el sujeto que no es funcionario público (*extraneus*) puede ser partícipe en un delito de prevaricación cometida por funcionario (*intraneus*) ya sea en la condición de inductor o de cooperador necesario (SSTS 501/2000, de 21-3; 76/2002, de 25-1 ; 627/2006, de 8-6 ; 222/2010, de 4-3 ; 303/2013, de 26-3 ; y 773/2014, de 28 de octubre). Y ello es lo que ha sucedido en el presente caso,

ya que el ahora recurrente ha sido condenado como inductor de dos delitos continuados de prevaricación respecto a resoluciones arbitrarias dictadas por quienes si eran funcionarios públicos.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 787/2013, de 23 de octubre, que la inducción consiste en hacer nacer en otro la resolución criminal. El inductor es quien determina al autor a la comisión de un hecho delictivo creando en él la idea de realizarlo. La inducción debe ser directa y terminante referida a una persona y a una acción determinada. Por ello la inducción es la creación del dolo en el autor principal mediante un influjo síquico idóneo, bastante y causal, directamente encaminado a la realización de una acción delictiva determinada.

Y en los hechos que se declaran probados queda perfectamente descrito que fue el ahora recurrente, por su ascendencia sobre los otros acusados, quien determinó e hizo nacer en ellos la resolución criminal, resolución que nunca hubiese surgido de no ser por la instigación del ahora recurrente».

Y la STS de 26 de marzo de 2014, Ponente Sr. Marchena Gómez, refiere también los supuestos de participación en el caso de delitos especiales:

«El principio de legalidad, proclamado en el art. 25.1 CE, veda que se pueda considerar autor del delito de apropiación indebida a quien no se encuentre vinculado con el sujeto pasivo por una de aquellas relaciones jurídicas, toda vez que autor, en sentido estricto, es el que realiza el hecho típico o, lo que es igual, el que «pone» todos los elementos del tipo y del de apropiación indebida forma parte no sólo los elementos objetivos de acción y resultado sino también el subjetivo de la especial condición del autor. Ahora bien, esta Sala tiene dicho que, si bien el «extraneus» no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación – inducción y cooperación necesaria– que se equiparan a la autoría a los efectos penales, porque en definitiva se trata de tipos creados por el CP en su Libro Primero. Y si esto es así en relación con delitos como la prevaricación que tutelan un bien jurídico que sólo puede lesionar el funcionario, también...».

Ya nos hemos referido *supra* a la posibilidad, admitida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, aun con numerosas cautelas y requisitos, de la participación o complicidad omisiva, así por ejemplo, SSTS de 16 de septiembre de 2010, con cita de otras muchas.

9.3.- LA ATENUACIÓN DE LA PENA A LOS PARTÍCIPES EN EL CASO DE LOS DELITOS ESPECIALES. EL ART. 65.3 CP. LA SITUACIÓN DEL CÓMPLICE

Los delitos especiales, como sabemos, tienen su razón de ser en la vinculación del bien jurídico protegido con determinados *deberes o posiciones especiales*. El ordenamiento punitivo los configura de tal manera que sólo pueden ser cometidos —a título de autoría directa— por determinadas personas o *intranei*. Se trata de una restricción del posible abanico de autores que excluye a aquellas personas que, aun interviniendo en la realización del hecho delictivo, carecen de la condición o *especialidad* requerida por el tipo, o *extranei*.

El fundamento material de dicha exclusión obedece, precisamente, a que los *extranei* carecen —en función de sus cualidades o circunstancias personales— de la vinculación especial de deber o posición a la que nos hemos referido. Paradigma de los delitos especiales son los llamados *delitos de funcionarios*, siendo exponente de ellos la prevaricación administrativa que estudiamos.

Como destaca GÓMEZ MARTÍN, la contestación a la pregunta *¿cuál es la razón material que impulsa al legislador a restringir el círculo de posibles autores de un delito con el objeto de proteger adecuadamente el correspondiente bien jurídico?*, nos permite conocer *el auténtico contenido del injusto* en este tipo de delitos¹²⁸.

Abordando ya la intervención en el delito del partícipe *extranei* y su punición, como inductor, cooperador o cómplice (STS de 27 de julio de 2015, Ponente Sr. Saavedra Ruíz), ya desde la STS de 12 de febrero de 1992, Ponente Sr. Bacigalupo Zapater, se venía aplicando una atenuación o degradación de la pena

¹²⁸ GÓMEZ MARTÍN, V. en la obra conjunta dirigida por ROBLES PLANAS, R., *La Responsabilidad en los delitos “especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*. Ed. Bdef, 2014. Pág. 107.

al sujeto *extraño*, sobre la base de la aplicación de una atenuante «de análoga significación» (actual art. 21.7ª CP), interpretada a favor del reo:

«Por lo tanto, este recurrente debió ser condenado como cooperador necesario en el delito realizado por el autor, es decir, la apropiación indebida, según lo previsto en el art. 14.3 y no en calidad de coautor, como lo ha hecho la Audiencia sobre la base del art. 14.1 del CP Asimismo se debió tomar en cuenta que la acción del partícipe no cualificado en un delito especial propio se debe sancionar teniendo en cuenta que en él no concurría el especial elemento personal que fundamenta la punibilidad.

Ciertamente, cuando se trata de las relaciones personales con el ofendido, el Derecho vigente sólo contiene una disposición referente a los elementos personales que modifican la responsabilidad (art. 60 del CP). La Ley no contiene, por el contrario, una norma que establezca cuál es el criterio que se debe aplicar en aquellos casos en los que la circunstancia de la que carece el partícipe tiene una función fundamentadora de la punibilidad, como ocurre con las características de la autoría en los delitos especiales propios para la apropiación indebida. Sin embargo, es un imperativo del principio de proporcionalidad que la individualización de la pena debe adecuarse a la gravedad de lo ilícito y de la culpabilidad y, esta última, como es comúnmente admitido, es menor cuando menor es la entidad de lo ilícito.

A partir de estos principios se debe aplicar el criterio del art. 60.1 (efecto individual de las relaciones personales) en forma analógica *in bonam partem*, dado que la falta de la relación personal que fundamenta la punibilidad, debe tener efectos similares a los de una circunstancia atenuante. Esta solución ha sido propugnada ya en la teoría por varios autores».

Como refiere la propia Sentencia, la doctrina científica ya venía propugnando esta teoría, ofreciendo soluciones similares¹²⁹, sin que por otro lado

¹²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho-Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966, págs. 285 y ss.

el Tribunal Supremo tuviera un criterio plenamente uniforme, siendo muestra la STS de 18 de octubre de 2004, Ponente Sr. Soriano Soriano¹³⁰.

Finalmente, la Ley de reforma 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo un nuevo apartado 3 al art. 65 CP:

«Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción que se trate».

Este nuevo precepto, no obstante, ha suscitado cierta problemática doctrinal e incluso jurisprudencial, en torno a dos cuestiones fundamentales, una, si la degradación punitiva prevista ha de aplicarse a todo tipo de delitos «especiales» y, como derivada, cuáles son realmente éstos; y otra, en qué situación queda el cómplice (art. 63 CP), pues el art. 65.3 CP solo se refiere al inductor y al cooperador necesario.

Conviene llamar la atención, en primer lugar, sobre el carácter facultativo con el que está considerada la atenuación penológica en el art. 65.3 CP. La cuestión ha sido criticada por la doctrina (RUEDA MARTÍN) y abordada por el Tribunal Supremo. En efecto, la STS de 3 de junio de 2015, Ponente Sr. Del Moral García, con cita de otras, indica:

«El art. 65.3 CP (tras la modificación introducida en el mismo mediante la L.O. 15/2003), establece:

¹³⁰ Dicha STS señala: «No se nos pasa por alto los intentos de esta Sala de suavizar la situación de quien no puede ser autor directo del delito, dada su aparente menor reprochabilidad, habiéndose ensayado para dar solución a este agravio la aplicación, con dudosa corrección dogmática, de una atenuante analógica consistente en no ser —el inductor, cooperador necesario o cómplice— funcionario público o depositario de los bienes. Sería preciso que la analogía se estableciera con alguna otra circunstancia del art. 21 CP y no con el art. 65. Mas, tal anomalía ya ha sido corregida en la reforma del Código Penal, que ha entrado en vigor el pasado primero de octubre, incluyendo la previsión legal en el no 3 del art. 65 CP».

“Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate”.

La Sentencia 661/2007, de 13 julio, declara sobre esta norma:

“(…) Aunque el art. 65.3 CP sólo contenga una atenuación facultativa de la pena, nuestra jurisprudencia, apoyada en el art. 1 CE, ha considerado que la pena del extraneus en delitos especiales propios debe ser necesariamente reducida respecto de la del autor, dado que no infringe el deber cuya infracción es determinante de la autoría, razón por la cual el contenido de la ilicitud es menor”.

Las SSTs 641/2012, de 17 de julio, 309/2006, de 16 de marzo y 627/2006 de 8 junio abundan en esas ideas. Ya con anterioridad a la reforma legal la jurisprudencia había creado una atenuante por analogía para ofrecer una respuesta más ponderada a los casos de participación del no intraneus en un delito especial».

Con lo cual, es doctrina reiterada de nuestro Tribunal Supremo que la atenuación del art. 65.3 CP haya de aplicarse a todos los supuestos de participación de un *extranei* en un delito especial. En sentido contrario, sin embargo, aparece la STS de 9 de septiembre de 2016, Ponente Sr. Del Moral, que, al dictar la segunda Sentencia, dice:

«Igual pena se va a imponer a Pablo Jesús. Es verdad que respecto de él (STS 277/2015, de 3 de junio) sería planteable una reducción (art. 65.3 CP), pues siendo funcionario, no entraba en sus competencias el dictado de la resolución, lo que le convierte en extraneus. Pero el hecho de que efectivamente colaborase con tal acción desde un puesto público (asesor del Concejal) y su protagonismo aconsejan obviar esa rebaja que es meramente facultativa. Se le asignará igual penalidad».

La cuestión se centraría ahora en determinar si la misma degradación penológica es aplicable al cooperador no necesario o cómplice, supuesto que no es expresamente citado en el art. 65.3 CP. De nuevo, el Tribunal Supremo ha zanjado la cuestión, declarando aplicable el citado precepto por analogía *in bonam partem*.

Se aplicaría así una «doble rebaja», en dos grados, la propia de la complicidad del art. 63, más la derivada del 65.3 CP. La STS de 8 de mayo de 2014, Ponente Sr. Maza Martín (también la STS de 3 de junio de 2015, antes citada), así lo señala:

«Pues bien, en cuanto a la primera de tales alegaciones cumple recordar que si bien es cierto que en el artículo 65.3 del Código Penal no se contempla el supuesto de la complicidad, ello no significa que la misma no pueda apreciarse, teniendo en cuenta que dicho precepto tan sólo se ocupa de establecer la posibilidad de reducción de la pena a imponer al "extraneus" en los supuestos de participación equivalentes a la autoría (vid. art. 28 CP) cuando el inductor o el cooperador no reúne las condiciones personales que para el autor se exigen en la categoría de los denominados delitos especiales propios.

Pero sin que ello, como decimos, suponga que la complicidad, que no se ve típicamente afectada en esta clase de infracciones por dicha exigencia, dirigida tan sólo a quien pueda estar llamado a ser responsable en concepto de autor, haya de quedar impune cuando concurra.

Ahora bien, lo que sí que ha de reconocerse al recurrente, a partir de lo que acaba de decirse precisamente, es la razón que le asiste acerca de lo inadecuado de la pena impuesta por este delito, tanto por la incorrecta aplicación del artículo 63, aplicable sin duda para todos los casos de complicidad y que supone la rebaja en un grado de la pena legalmente prevista para el autor, como por la propia previsión del referido artículo 65.3 que, aunque en directa referencia tan sólo a la facultad referente a la reducción de la respuesta punitiva prevista para el autor con especiales características desvalorativas, ha de entenderse también de aplicación en el caso del cómplice, por razones de proporcionalidad del castigo al no verse justificado, en modo alguno, que pueda ser castigado ese grado de participación en esta clase de ilícitos con la misma sanción que los casos de inducción o cooperación necesaria y resultando, en definitiva, con el mismo fundamento de la naturaleza de "extraneus" del cómplice plenamente justificada la nueva reducción, por este motivo, de la pena en un grado la pena, reducción que, por ende, se añade a la ya propia del artículo 63.

En este sentido, la reciente STS de 18 de noviembre de 2013 ya decía:

«Es cierto que explícitamente el art. 65.3 no hace mención a los cómplices, lo que no excluye que se pueda participar en el hecho en tal concepto, sin reunir las condiciones o cualidades personales del sujeto activo. Y siendo así, la aplicación del art. 63 CP obliga necesariamente a bajar un grado la pena por su condición de cómplice, pero ningún efecto beneficioso se produce por el hecho de no ostentar las condiciones del sujeto activo, por lo que el principio de proporcionalidad de las penas y el de legalidad obligan a no dejar de aplicar una norma favorable precisamente por no ostentar una condición.

Cosa distinta sería que se argumentase de otro modo para no ejercer la rebaja facultativa del 65.3 C.P. No aplicándola se equipararía su condición de cómplice a la de inductor o cooperador necesario en las que opera o puede operar la rebaja.

La Fiscalía General del Estado en Circular 2/2004 de 22 de diciembre, admitió la doble rebaja, como cómplice y como extraneus».

No deja de existir, sin embargo, polémica doctrinal sobre este tema, incluso en direcciones opuestas. Para algunos autores, el art. 65.3 CP es inequívocamente de carácter facultativo, sin que se entienda bien porqué el desvalor de la conducta debe considerarse —necesariamente y en todo caso— inferior en el caso del inductor y del cooperador necesario¹³¹. El cómplice debería quedar excluido, dado el tenor literal de la norma y dada la existencia de la propia atenuación de la complicidad ex art. 63 CP. Incluso, otro sector doctrinal parte de una categoría de delitos *especiales* más restringida¹³². A saber, como sostienen ROBLES PLANAS y RIGGI (en la obra ya citada) deben diferenciarse los delitos especiales *de posición*, respecto de los cuales se predica la plena intercambiabilidad de los sujetos activos del delito, *materialmente abiertos a la posible autoría de extranei*, para los cuales la

¹³¹ PEÑARANDA RAMOS habla «en términos metafóricos» sobre la existencia en el art. 65.3 CP de una «especie de tipos básicos» y de «pautas» para determinación de la pena y, en particular, para decidir cuándo se habrá de hacer uso o no de la atenuación facultativa del art. 65.3 CP.

¹³² Como expresivamente dice SILVA SÁNCHEZ, se ha discutido de modo singular «qué es lo que hace especiales a los delitos especiales».

degradación facultativa del art. 65.3 CP entonces no tendría sentido (más allá de la pura disección casuística) ya que en estos casos no existe ningún elemento que bloquee la posibilidad de intervenir en el hecho delictivo en calidad de autor; situación completamente distinta es la de aquéllos delitos *especiales* que fundamentan la responsabilidad en un elemento del sujeto que tiene naturaleza *exclusivamente personal*, no comunicable pues, *a radice*, en ningún caso a sujetos *extranei*. En estos casos, según esta corriente doctrinal, la calificación como delito *especial «de deber»* determinaría la impunidad del interviniente *extraneus*¹³³.

No han faltado tampoco otros autores que han formulado teorías intermedias que procuran obtener un perfil más nítido sobre los diferentes elementos que cualifican los delitos especiales, a fin de poder precisar las más adecuadas condiciones de autoría. HERZBERG los clasifica hasta en tres grupos: «elementos funcionalmente objetivos, meramente tipificadores o relevantes para el desvalor del hecho»¹³⁴.

En nuestra opinión, sin embargo, esta cada vez mayor profundización en el sentido de los términos y elementos supone una desnaturalización del fin. Una excesiva segmentación —siempre necesaria, pero en sus justos términos— sintetiza el problema hasta hacerlo irreconocible, en una suerte de logomaquia que a nada conduce¹³⁵. Sería algo así —utilizando un símil de la rama de la física cuyo objeto de estudio es *la partícula más pequeña*— como adentrarnos en los «elementos cuánticos del tipo», lugar en el que se pierde toda perspectiva y —como sucede con la física— dejan de valer las leyes que nos rigen.

¹³³ También sostiene esta teoría, en relación con el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, CÓRDOBA RODA (junto con GARCÍA ARÁN) en *Comentario al art. 404 del Código Penal, Parte Especial, Tomo II, 2004, págs. 1915 y ss.*

¹³⁴ HERZBERG, R.D., *Akzesorietät del Teilnahme und persönliche Merkmale*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 138, 1991, págs. 168 y ss. Citado en la obra de ROBLES PLANAS, R. (Dir.) *La Responsabilidad en los delitos "especiales". El debate doctrinal en la actualidad*. Ed. Bdef, 2014. Pág. 112.

¹³⁵ Un «fraude de etiquetas», en palabras de STRATENWERTH, en STRATENWERTH, G./KUHLEN, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 5ª Ed. Carl Heymanns, 2004, págs. 12-40.

Es completamente acertada, en nuestra opinión, la diferenciación entre delitos especiales de posición y de deber. En los primeros no existe cualidad alguna en la que una persona pueda encontrarse de un modo *natural* (por ejemplo, la condición de obligado tributario en el caso del delito fiscal). Por tanto, la autoría (art. 28 CP) debe sustentarse en la *efectiva* existencia de «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» (art. 65.3 CP). Tales condiciones, o existen o no existen y su determinación solo puede ser determinada de un modo casuístico y naturalístico. En cambio, en los delitos especiales *de deber*, el Derecho Penal pretende salvaguardar (a veces hasta de un modo preventivo, adelantando la barrera penal, situación en la que este análisis se ve con mayor claridad) un bien jurídico particular, específico, tipo «diana», para lo cual, por razones de política criminal, se describe el tipo determinados elementos de naturaleza estrictamente personal, no intercambiables entre sujetos de un modo natural, que impedirá atribuir la responsabilidad directa a aquél que no haya accedido previamente a dicha condición. No es posible, pues, determinar la autoría a través de medios naturalísticos convencionales, casuísticos, sino que el elemento normativo hace de parámetro previo de control del despliegue del *ius puniendi* estatal, de acuerdo con el carácter fragmentario del Derecho Penal y su condición de *ultima ratio*. En estos casos, la aplicación del art. 65.3 cobra todo su sentido, y la degradación penológica se torna debida y obligatoria, *per se*. Más lejos, aun, del bien jurídico protegido se encontraría el cooperador no necesario o cómplice. Los supuestos de complicidad del *extranei* habrán de ser extremos, casi inexistentes, pues a su escasa colaboración material —no decisiva— en el ilícito ha de sumarse su alejamiento pleno respecto del «deber» que incumbe al autor, más el carácter exclusivamente doloso (participación como obra conjunta) en el que habría de producirse el comportamiento. Quizás esta sea la razón de la exclusión del cómplice del art. 65.3 CP. En todo caso, de darse el supuesto, entendemos acertada la solución ofrecida por el Tribunal Supremo de permitir sin ambages la doble degradación de la pena (63 + 65.3 CP), por razones *de lege ferenda* y en aplicación del principio de analogía *in bonam partem*.

**X – EL TRATAMIENTO
DEL ERROR EN EL DELITO
DE PREVARICACIÓN
ADMINISTRATIVA**

X - EL TRATAMIENTO DEL ERROR EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

La doctrina penal sobre el tratamiento del error adquiere, en los últimos años, mayor relevancia como consecuencia del análisis de la culpabilidad desde una óptica preventiva o, más aún, con la reconducción de la propia culpabilidad a los términos puros de la prevención general (JAKOBS)¹³⁶. Desde esta perspectiva, se tacha a la dogmática penal tradicional de naturalismo «pegajoso», «obsoleto» o «aferrado a los hechos psíquicos» (JAKOBS, KINDHÄUSER, KORIATH) y se persigue la construcción de la culpabilidad como un hecho puramente objetivo¹³⁷.

El delito de prevaricación administrativa serviría de exponente a dichas teorías, pues con mayor razón puede parecer adecuado el reproche penal objetivo cuanto más cerca se esté de un delito especial de deber, de mera actividad o incluso de peligro (aunque no sea este el caso); la prevaricación castiga el mal uso de las funciones públicas, el abuso de poder y la quiebra de la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento de las instituciones. El bien jurídico protegido

¹³⁶ JAKOBS, G. *Sobre la teoría de la pena*, Poder Judicial, nº 47, 1998.

¹³⁷ Se ha señalado, sin embargo, últimamente por la doctrina (Silva Sánchez) como el pensamiento de Jakobs ha dado un «giro fáctico». Dado que el delito altera el orden real, la pena ha de ser consecuencia, y re-estabilizar la norma mediante la aflicción del delincuente (la pena como mal infligido por la sociedad, en términos originarios). Esta afirmación del Derecho ha de ser no obstante proporcional en orden no solo de la prevención general negativa (legítima, a través de la medida de la política criminal definida en un Estado de Derecho) sino también en relación con el nivel de responsabilidad del autor. Como expresivamente señala el Profesor Silva Sánchez, ¡bienvenido de nuevo al mundo real, querido Prof. Jakobs! SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Del Derecho abstracto al Derecho "real". Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, InDret, octubre 2006, nº 377.

es, pues, *lesionable* desde una perspectiva objetiva, general y positiva y, además, son sólo los funcionarios y autoridades públicas los sujetos activos del hecho punible, ligados por una estrecha relación de vinculación especial con el cumplimiento del deber, revestidos además de un conocimiento y preparación especial que les hace prácticamente imposible desligarse de una situación de garante.

Sin embargo, la estructura típica del delito de prevaricación administrativa está encaminada tozudamente en sentido contrario, profundizando en el elemento subjetivo a través de la exigencia de «arbitrariedad» de la resolución y de haber sido ésta dictada «a sabiendas» de su injusticia, con dolo directo y reforzado o *dolus malus* (voluntad de la acción y conocimiento del resultado antijurídico¹³⁸).

Para el maestro alemán GÜNTER JAKOBS, no obstante, esta *naturalización* del lado subjetivo del hecho delictivo constituye «la prueba de la larga sombra psicologizante»¹³⁹ del dolo, cuya irrupción se debe especialmente a FEUERBACH¹⁴⁰. Entre conocimiento y error no hay espacio, dice JAKOBS, para un «no pensar con origen en la indiferencia» o *dolus indirectus*¹⁴¹. Defiende el insigne profesor que este vacío supone una «ceguera ante los hechos» pues la imputación como mero derivado de hechos psíquicos deja fuera el desconocimiento *que no es un error*. Esta *ceguera* aun sería más palpable en el caso de los delitos de mera actividad, que carecen de resultado naturalístico, como es el caso de la prevaricación del art. 404 CP. Para JAKOBS en ningún caso resulta decisiva únicamente una modificación de los hechos naturales; pese a la clásica distinción del derecho positivo (art. 14 CP vigente en España) entre dolo del tipo y conciencia de la antijuricidad (o «error sobre el tipo» y «error de prohibición»), el injusto debe entenderse con *unidad de sentido*, sin solución de continuidad, de tal manera que

¹³⁸ GÓMEZ BENITEZ, J.M., *Lecciones de teoría jurídica del delito*, Tomo I, Civitas, 1984, pág. 253.

¹³⁹ JAKOBS, G. *Dolus malus*, InDret, 2009.

¹⁴⁰ FEUERBACH, P.J., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2ª parte, der Henningschen Buchhandlung, 1799, pág. 66 y ss.

¹⁴¹ JAKOBS, G., *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, ZStW, 2002, pp. 584 y ss., 593 y ss.

es perfectamente posible la calificación del hecho como doloso en casos intermedios o indirectos, en los que el sujeto actúa sin plena conciencia del tipo o de la antijuricidad, pero sí dispone del conocimiento de los elementos de conducta típicos que forman parte de la estructura normativa de la sociedad, precisamente porque la perturbación social que tales elementos provocan, forma parte de los riesgos no permitidos que constituyen, como dice JAKOBS, una «llamada de primer nivel» o, más específicamente, derivan de una posición de garante.

En una línea de interpretación muy cercana a dicho planteamiento — relativa a delitos contra la Hacienda Pública—, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de julio de 2016 (PA 11/15), Ponente Sra. Armas Galve, ha señalado:

«Como afirma una parte de la doctrina, no cabe descartar que ciertas formas de desconocimiento puedan, en ciertas circunstancias, resultar verosímiles (...) Pero, junto a ello, algunas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 13 de marzo de 2006 o la de 10 de noviembre del mismo año, siendo ponentes los Magistrados Giménez García y Martínez Arrieta, respectivamente, ya manejaban el concepto de indiferencia de quien pone “...la colaboración que se le solicita sin preocuparse de sus consecuencias — principio de indiferencia— o no queriendo saber aquello que puede y debe saberse —principio de ignorancia deliberada—”. En concreto, la segunda de las sentencias mencionadas estudia, haciéndose eco de otras, al autor de una conducta que, voluntariamente, ciega sus fuentes de conocimiento para ignorar la dinámica de los hechos, evitando su posible responsabilidad (...). Se afirma por el Alto Tribunal que existe un deber de conocer, que impide cerrar los ojos ante circunstancias sospechosas, y que el dolo está en el hecho, cuando la lógica, la ciencia y la experiencia común indican que nadie se presta a determinados negocios sin percibir una contraprestación, señalando que en los delitos previstos en nuestro Código, incurre en responsabilidad, también, quien actúa con ignorancia deliberada (...). Y también compartimos las de otros pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal en relación a que la ignorancia deliberada o intencional no puede servir, en modo alguno, como sustitutivo de la obligación que tiene todo órgano sentenciador de analizar el

dolo, eludiendo el deber de motivación del tipo subjetivo, que no puede ser objeto de simple presunción (...). Para que un hecho antijurídico pueda ser imputado a su autor es precisa la capacidad personal de evitar el hecho, y la imposibilidad de conocer la antijuricidad del hecho excluye la infracción de la norma. Estaríamos, en ese caso, ante un error de prohibición, vencible o invencible, según los casos. Pero el desconocimiento evitable, derivado de la indiferencia, no es un error, y no puede provocar una descarga de responsabilidad. No puede errar aquél que no tiene interés en conocer».

Esta interesante Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona discurre en una línea interpretativa cercana al planteamiento de JAKOBS, aunque no igual. Este autor defiende, no una actitud de *ignorancia deliberada* como desencadenante del dolo, sino que va mucho más allá al propugnar que la conciencia del tipo o de la antijuricidad derivan de determinados estándares sociales variables, mientras que la Sentencia concluye simplemente condenando por dolo eventual, institución aun de origen naturalístico que JAKOBS considera caduco; aun así, el esfuerzo doctrinal de la Sentencia por encontrar el «hueco» entre el pleno conocimiento y el error resulta en parte similar al planteamiento del autor germano.

El Tribunal Supremo español, ya en el caso de la prevaricación, ha señalado expresamente que el alcance de este elemento subjetivo es considerado como el conocimiento de la injusticia de la resolución por el sujeto activo del delito, que a pesar de ello decide ejecutarla anteponiendo el sujeto su voluntad a la aplicación del derecho (STS de 16 de junio de 2016), excluyendo incluso el dolo eventual (STS de 19 de mayo de 2016), y estableciéndose como método habitual de determinación del hecho delictivo la constatación de elementos internos (lo que el autor conoce, pretende o desea) que, por no tratarse de hechos del mundo exterior perceptible por los sentidos, no puede ser determinado generalmente por prueba directa, sino a través de un juicio de inferencia deducido a través de un proceso intelectual (STS de 24 de noviembre de 2015).

En este proceso, tal y como es descrito por la más reciente jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, en el caso del delito de prevaricación en particular, consideramos que la doctrina del error es de suma y trascendental importancia.

El art. 14 del Código Penal recoge los diferentes supuestos de error:

«1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.»

El error «sobre el tipo» (art. 14.1 y 2 CP) supone que el sujeto activo *no sabe lo que hace*, no se representa si quiera las consecuencias del hecho delictivo¹⁴². Las circunstancias del hecho y de la persona que los realiza será pues trascendental para determinar el carácter «vencible» o «invencible» del error. El primer caso excluye la responsabilidad criminal y el segundo configura un supuesto de imprudencia.

En el caso del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP que estudiamos, la configuración del elemento objetivo del tipo como el hecho jurídico de dictar una resolución en un asunto administrativo hace, a nuestro juicio, que el error sobre el tipo sea de casi imposible configuración. Es difícilmente imaginable que un funcionario o autoridad realice el acto material de producir una resolución administrativa, *sin saber que lo hace*, al menos formalmente, pues en otro caso estaríamos ante el supuesto de falta de acción propiamente dicha (engaño o coacción por un tercero), bien porque el autor de la resolución no dispone ningún acto interno de voluntad de hacer o no hacer — caso de la prevaricación por omisión —, bien por ser objeto de una fuerza irresistible o, incluso, de una coacción psicológica que le impide al sujeto abstenerse de realizar el supuesto típico (miedo insuperable, art. 21.6º CP). No compartimos la tesis de GONZÁLEZ CUSSAC (citando a CÓRDOBA RODA y a MUÑOZ CONDE) sobre la dificultad de establecer los límites entre error sobre el tipo o de prohibición en el delito de prevaricación, arbitrando remitir el error sobre el tipo a supuestos

¹⁴² Típico es el ejemplo del cazador que dispara sobre una persona oculta tras un arbusto, creyendo que lo hace contra una pieza de caza.

relativos a los elementos normativos. Realmente, dicha solución se asentaba en la escasa relevancia práctica de tales casos, al entender que difícilmente un funcionario o autoridad, especializado por razón de su cargo o deber, podría incurrir en error invencible sobre los elementos normativos del tipo, «incrementándose la sospecha de actuación por dolo eventual»¹⁴³.

Entendemos, por el contrario, mejor perfilado el error sobre el tipo en los casos muy claros de falta de acción, coacción o engaño de terceros sobre el sujeto activo, como se ha explicado. Conclusión que, a nuestro juicio se refuerza por el hecho de haberse eliminado el tipo imprudente de prevaricación administrativa, por lo que el tipo único del 404 CP queda aún más perfilado.

Asimismo, ya se ha citado en este trabajo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que expone la STS de 16 de febrero de 1996, Ponente Sr. García-Calvo Mont, o la más reciente STS de 19 de mayo de 2016, Ponente Sr. Berdugo Gómez, sobre la exclusión del dolo eventual en el delito de prevaricación, dado los taxativos términos en que se configura el art. 404 CP. Opinión no compartida, como también se ha expuesto, por cierto sector de la doctrina (OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO) y admitida expresamente por otro (GARCÍA ARÁN).

En definitiva, según nuestra opinión, el error sobre el tipo en el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP resulta de difícil materialización, siendo que nos encontraríamos ante un supuesto límite.

Muy al contrario, el supuesto de «error de prohibición», dispuesto como aquél en que el sujeto activo que dicta o emite la resolución cree firmemente que actúa conforme a Derecho, sí es un caso que conviene analizar por su relevancia práctica y doctrinal en el delito de prevaricación administrativa.

La reciente STS de 25 de octubre de 2016, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre (FJ 3º) aborda el error sobre el tipo y de prohibición del art. 14 CP en relación con el delito de prevaricación. La Sentencia cita un párrafo de la dictada por el TSJ de Cataluña, para iniciar su examen. Dice ésta última:

¹⁴³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Op. Cit.* Págs. 116 y ss.

«Somos plenamente conscientes de la dificultad de deslindar el dolo típico de este delito del error de prohibición que, con amparo en el artículo 14.3 del Código penal, excluiría toda responsabilidad por el hecho cometido o la resolución dictada en la creencia de actuar al amparo de la norma; como también convenimos con la STS 376/1995, de 17 de marzo, en la frecuencia con que estos supuestos de error se presentan en el dictado de resoluciones en el ámbito de la administración municipal, precisamente porque lleguen a tener responsabilidades decisorias concejales sin formación jurídica y se apoyen en asesores técnicos no siempre provistos del conocimiento o rigor exigido en la recta acción administrativa».

El TSJ de Cataluña, al analizar el caso particular, ya sienta las bases del debate y problemática que anticipamos, pues, en efecto, es frecuente el típico caso en que la autoridad que dicta la resolución *prevaricadora* lo hace en virtud y con arreglo a informes técnicos previos, que apoyan su decisión y que en gran medida soportan todo el peso del sentido de la resolución adoptada. ¿Estamos en este caso ante un error? ¿Sobre el tipo o de prohibición?

A continuación, el Tribunal Supremo realiza todo un análisis sobre la distinción entre el error de tipo y el error de prohibición. Extractamos a continuación los párrafos más relevantes:

«Se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTS 258/2006 de 8.3 y 1145/2996 de 23.11), que expresamente señala que: "la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición que no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad". Por ello, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa

conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS 1254/2005 de 18.10), y en el nº 3, el error de prohibición, que la jurisprudencia (SSTS 336/2009 de 2.4 y 266/2012 de 3.4), ha señalado que éste se constituye, como reverso de la conciencia de la antijuricidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree obra conforme a derecho. Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesta ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetivo (STS 1141/97 de 14-11)».

Rescapitulamos hasta aquí:

El Tribunal Supremo dice, en consonancia con las tesis que mantenemos en este trabajo, (1) que el error sobre el tipo es un error *facti*, sobre la concurrencia de algunos elementos del tipo, respecto de lo que ya advertimos *supra* de su práctica imposibilidad en el caso de la prevaricación del art. 404 CP (lo que normalmente concurrirá es una falta de acción, no de un elemento normativo del tipo, que reconduce la conducta al dolo eventual); por ello, el error sobre el tipo, dice el TS, se haya *imbricado* con la tipicidad, aunque también reconoce la dificultad del deslinde («aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo», dice); también se colige de este párrafo de la sentencia que (2) con el error de prohibición ya nos encontramos en el ámbito de la culpabilidad (o, más propiamente, de la ausencia de culpabilidad cuando éste concurre) y supone que el actor cree firmemente actuar conforme a Derecho, sin

que ello (3) pueda equipararse a la «duda» o a la «creencia de una menor gravedad».

Un matiz, sin embargo, es necesario realizar en cuanto a su concurrencia en el caso de la prevaricación. Es evidente que una situación de «duda» no puede *per se* suponer la impunidad en todo caso y situación, haciéndola coincidir con un error de prohibición *invencible*. El razonamiento del Alto Tribunal es, en ese sentido, impecable. El delito de prevaricación, no obstante, está configurado por el legislador con arreglo a un requisito extraordinariamente riguroso que es el de la injusticia material de la resolución, que ha de ser *palmaria, patente, evidente, esperpéntica*, etc. Y esta exigencia, este plus de ilegalidad —invariablemente requerido por nuestra jurisprudencia—, parece poco compatible con el concepto de caso «complejo» o «dudoso».

Supra apuntamos cómo el propio Tribunal Constitucional ha señalado precisamente a la «complejidad» de una materia como barrera de contención de la prevaricación penal (STC 47/1995, de 6 de febrero), pues

«el conocimiento y resolución desde el sólo ámbito de la jurisdicción penal de la cuestión planteada podría generar efectos no deseables, como lo sería la eventual condena penal de los actores por dictar una Resolución que el orden contencioso de la jurisdicción estimase después conforme a Derecho, y la propia inseguridad del funcionario ante la gravedad de la reacción frente a una conducta que ha de moverse en los márgenes de una legalidad de proverbial complejidad en su comprensión y aplicación, como lo es el moderno Derecho Administrativo».

No es, a nuestro juicio, desacertado —ni mucho menos— el razonamiento del Tribunal Supremo, pues la simple «duda» no puede equivaler ni mucho menos a un error de prohibición, pues en esta materia ha de imperar el principio general *ignorantia iuris non excusat*, máxime en el caso de un delito *especial de deber* como es la prevaricación, en el que la autoridad o funcionario ocupa una especial posición de superioridad, tanto en cuanto al conocimiento de su función como al servicio de la garantía de seguridad y fiabilidad que implica su actuación frente a los ciudadanos en general.

Ello no es incompatible, empero, con la posición que defendemos, que excluye la tipicidad, la subsunción del hecho en el tipo, cuando lo que

verdaderamente suceda, en atención a las circunstancias concurrentes, sea un *error iuris* por causa de encontrarnos ante un caso complejo o de elevada dificultad técnica, como comúnmente sucede en el moderno Derecho Administrativo.

La STS que estamos comentando, de 25 de octubre de 2016, continúa diciendo:

«Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aún cuando concorra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta».

Distingue aquí el TS, y esto es capital, el «error de subsunción», pero con conciencia de antijuricidad, del «error de prohibición» que exige que el sujeto tenga plena conciencia de actuar conforme a Derecho. El error de prohibición, como dice el Tribunal, es «el reverso de la conciencia de antijuricidad» y la línea de separación es muy difusa¹⁴⁴, pues *ignorantia iuris non excusat*; el error de subsunción, la mera equivocación sobre la calificación jurídica del hecho (en nuestro caso, si la resolución es injusta en virtud de una u otra contradicción con la norma) no excluye la responsabilidad vía 14.3 CP, pues subyace la conciencia de antijuricidad, es decir, el sujeto sabe que actúa en contra del Derecho, aun cuando no sea un experto en las normas jurídicas aplicables, pues como recuerda el Tribunal Supremo, lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente «el conocimiento paralelo¹⁴⁵ en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza».

¹⁴⁴ La diferencia entre error de subsunción y error de prohibición es, por regla general, difícil. Con razón dice ROXIN que los errores de subsunción «se pueden dar prácticamente respecto de todas circunstancias normativas del tipo, toda vez, que el no-jurista casi nunca logra una subsunción jurídicamente exacta».

¹⁴⁵ BACIGALUPO, E. *Derecho Penal, Parte General*, 1^o edición, Hammurabi, 1999, pág. 315.

Es decir, el autor yerra en la calificación jurídica de su conducta (hay error), pero, no obstante, dispone de un «conocimiento paralelo» propio del lego respecto del elemento concreto, lo que no excluye la antijuricidad ni, por tanto, el dolo. No estaríamos, por consiguiente, ante un supuesto de error de prohibición excluyente de la responsabilidad criminal¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Sobre el error de subsunción resulta de sumo interés la obra de la Profesora OLAIZOLA NOGALES, cuando señala: «Se denomina error de subsunción al error de interpretación del significado jurídico exacto de un elemento normativo, debido al cual se cree equivocadamente que el supuesto de hecho no encaja en ese concepto normativo.

Un error de subsunción es un error de interpretación, que no será necesariamente un error de prohibición, sino que tal error puede ser un error de tipo, de prohibición o incluso un error irrelevante. La decisión de cuando se trata de un error de tipo (excluyente del dolo), de un error de prohibición (que afecta a la culpabilidad) o de un error irrelevante es una cuestión muy difícil y controvertida sobre la que no me voy a detener. Simplemente esbozaré las diversas posiciones doctrinales al respecto, advirtiendo, no obstante, que a pesar de las distintas tesis defendidas sigue siendo muy compleja la aplicación práctica de las mismas.

Desde luego, el error sobre un elemento normativo no plantea problemas cuando la equivocación o la ignorancia recae sobre el sustrato fáctico del elemento, porque entonces está claro que excluye el dolo. Así, por ejemplo, cuando alguien sustrae un abrigo de un guardarropa pensando equivocadamente que es el suyo, se equivoca sobre el sustrato fáctico del elemento “cosa ajena” del delito de hurto y se apreciará un error de tipo (no se trata de un auténtico error de subsunción).

Los problemas surgen cuando el error recae sobre el significado normativo, en su caso jurídico, del elemento.

La postura mayoritaria mantiene la tesis de MEZGER, según la cual el conocimiento de los elementos normativos del tipo no hace falta que sea exacto, sino que basta el conocimiento proporcionado por una *valoración paralela en la esfera del profano*. El error debido a una valoración paralela errónea con un desconocimiento del sentido del elemento excluirá el dolo, mientras que si se conoce el sentido, el posible error por una interpretación equivocada del término legal será un error de subsunción irrelevante para el dolo o, en su caso, un error de prohibición. Por tanto, sólo se excluirá el dolo cuando el

Otro párrafo de la interesante STS de 25-10-16 es el siguiente:

«También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (S.TS. de 20.2.98, 22.3.2001, 27.2.2003), afirmando reiteradamente que "no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas" (STS. 11.3.96 , 3.4.98), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es "notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada" (S.TS. 12 de noviembre de 1986 , 26 de mayo de 1987).

El señalado distinto tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal, se analiza en S.TS. 7 de julio de 1987, recordando que si tradicionalmente se ha venido afirmando que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse distinción entre aquellas conductas definidas en el Código, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural (las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba mala in se) y los delitos formales, cuya razón

sujeto ni siquiera haya tenido esa conciencia aproximada y propia del profano sobre el significado del elemento; no será relevante para el dolo, por ejemplo, que el sujeto no conozca el nombre del elemento, su origen exacto o sus normas constitutivas». OLAIZOLA NOGALES, I., *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, 2007, págs. 92 y 93.

de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los actos mala quia prohibita).

Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S. 29.11.94), de la misma manera y en otras palabras (SSTS. 12.12.91, 16.3.94, y 17.4.95) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En definitiva, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis nos dice la STS. 302/2003 de 27.2 - debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante un delito de prevaricación administrativa en el que el conocimiento de la injusticia de la resolución, su arbitrariedad es un elemento normativo del tipo. Por ello la interpretación de la expresión utilizada en el art. 404 CP, a sabiendas de la injusticia no debe llevar a tener por atípica la decisión del funcionario sino a su mera exculpación, cuando se estima que no actuó bajo su condición (STS, 18/2014 de 23.1).

En definitiva, como se precisa en la STS. 965/99 de 14.6, el error sobre el carácter arbitrario o injusto de la decisión administrativa no es un error de tipo ni de prohibición, sino un error de subsunción porque la injusticia o arbitrariedad de las resoluciones es elemento normativo del tipo, sobre el que no se necesita un conocimiento jurídicamente perfecto, bastando con un conocimiento equivalente al del uso».

Como corolario a todo este extenso razonamiento, el Tribunal Supremo confirma las posturas doctrinales que venimos exponiendo: (1) el error de prohibición, en armonía con el principio *ignorantia iuris non excusat*, no puede sostenerse cuando la ilicitud de la conducta es notoria y su comprensión es generalizada; (2) mayor restricción debe tener el ámbito del error en el caso de delitos que agravan normas éticas que están en la conciencia de todo sujeto, del hombre medio, debiendo estarse en todo caso al supuesto concreto en virtud de sus circunstancias objetivas y subjetivas.

Un único *pero*, no obstante, debemos poner a la sentencia, pues finalmente señala de un modo taxativo que en el caso del delito de prevaricación, el error sobre el carácter arbitrario o injusto de la decisión administrativa *no es un error de tipo ni de prohibición, sino un error de subsunción*, porque la injusticia o arbitrariedad de las resoluciones es elemento normativo del tipo que no requiere un conocimiento jurídico perfecto, afirmación que parece negar *a limine* la posibilidad del error en esta figura delictiva, algo con lo que no podemos estar de acuerdo y resulta contradictorio con todo lo razonado con anterioridad.

De un modo particular, no coincidimos en la asimilación de los conceptos «arbitrariedad» e «injusticia». El primero se refiere al porqué del torcimiento del Derecho —el abuso—, dejando en un segundo plano la exacta calificación del acto administrativo resolutorio. En este punto, coincidimos con la sentencia en cuanto a que el error en la arbitrariedad es un mero error de subsunción. Sin embargo, la injusticia material provocada en un acto prevaricador sí puede no ser culpable (ausencia de culpabilidad) en caso de concurrir el error de prohibición, típicamente en los casos de extrema dificultad técnica, como ha apuntado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 47/1995, de 6 de febrero, antes citada.

Con parecido significado aborda el Tribunal Supremo, Sentencia de 7 de junio de 2016, Ponente Sr. Varela Castro, el control casacional cuando de sentencias absolutorias se trata, señalando que:

«...si no se da aquél componente de arbitrariedad, no puede amparar el reclamo de que se apadrinen conclusiones de valoración como fundamento de una condena pretendida pero no recaída, pretensión que se asemeja más a la denuncia de vulneración **de una inaceptable presunción de inocencia invertida**. Y es que no existe el derecho a la condena, como sí existe el

derecho de libertad que implica la absolución, **cuando el resultado probatorio lleva al espacio de la duda**, incluso siendo razonable la conclusión pretendida por la parte que insta la condena».

Entendemos y compartimos el razonamiento del Tribunal Supremo, en el sentido de vedar la condena en casación, por delito de prevaricación administrativa, que implica una injusticia y arbitrariedad palmaria, cuando el Tribunal de instancia ha absuelto de dicho delito, siendo que, en tal circunstancia, y siempre que no se dé un «componente de arbitrariedad», parece más que obvio que, al menos el componente de la duda razonable sobre dicha injusticia ha quedado ya plasmado en la resolución *a quo*.

Profundizando incluso más, no son infrecuentes los casos en que, habiendo precedido un proceso de naturaleza contencioso-administrativa, el asunto o supuesto de hecho termina desembocando en el orden penal. La contradicción y posición de defensa del acto administrativo recurrido de la Administración Pública, autora del mismo, salvo que se detecte el componente de arbitrariedad mencionado, parece que igualmente ha de excluir la responsabilidad penal, pues es evidente que el acto prevaricador ha de estar huérfano de cualquier interpretación mínimamente admisible en Derecho.

Si el error, como dice GONZÁLEZ CONDE¹⁴⁷ es la «última posibilidad para impedir que sea siempre el Derecho Penal, con su imperiosa majestad, la única fuente de solución de los conflictos», nos encontramos con que, en el ámbito del delito de prevaricación administrativa, esta acertada expresión cobra su máximo significado. Este delito, por los propios elementos que lo configuran, viene a expresar el límite entre el error en la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo, merecedora incluso de ser tachada de nulidad radical y la grosera o burda arbitrariedad que no puede llegar a considerarse ni siquiera «aplicación», pues en sentido técnico ello implica una operación sujeta a ciertos cánones interpretativos y lógico sistemáticos.

En este sentido, la doctrina del error es crucial, pues si el ámbito de otros tipos delictivos que admiten la imprudencia o el dolo eventual, cabría plantearse a tenor de las circunstancias concurrentes el carácter vencible de dicho error

¹⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F., *El error en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, pág. 17.

(demostrando el posible discurso, interpretación o «conocimiento paralelo»¹⁴⁸ del que habla BACIGALUPO), no es así en el caso de la conducta prevaricadora, directamente dolosa por definición; nos encontramos —en nuestro tipo— con una circunstancia que excluye el elemento subjetivo en el mismo momento en que haya una duda razonable, aun cuando el autor pueda plantearse otras opciones jurídicas, o cuando disponga del conocimiento paralelo que le indique otras posibilidades interpretativas, pues en este caso la conducta sería impune, no ya por concurrencia de la doctrina del error —vencible o invencible—, sino más bien por falta del elemento subjetivo clave del tipo.

Dicho de otro modo, la tendencia u orientación objetiva de la dogmática penal choca frontalmente, en este caso, con el elemento subjetivo del tipo previsto en el artículo 404 CP, que claramente distingue entre «mirar para otro lado», deliberada y acreditadamente, algo típico y punible, con errar en la aplicación del Derecho administrativo, aun siendo vencible el error y aun constando que ello se aparta de los estándares u objetivos sobre el uso de las funciones públicas o suponga la quiebra de la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento de las instituciones, pues lo que se castiga no es eso, sino el traspaso de una barrera muy distinta, configurada por la mera arbitrariedad o capricho. Un razonamiento similar a este puede verse en COSTA¹⁴⁹ o en DORADO MONTERO¹⁵⁰, verdaderos precursores del tratamiento del error como exigencia del principio de culpabilidad.

Podría decirse, también, que en el caso de la prevaricación nos encontramos con un asunto, *sui generis*, de error sobre una norma extrapenal, pues como se ha defendido aquí, ese delito implica siempre una remisión en blanco, con lo que la doctrina del error no puede ya ser colmada dentro del ámbito estricto del Derecho Penal, sino extramuros, con la dificultad que ello supone y con el añadido que en

¹⁴⁸ También llamado por WELZEL «valoración paralela en la esfera del profano», *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona 1964.

¹⁴⁹ COSTA, J. *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Manuales Soler, 1901.

¹⁵⁰ DORADO MONTERO, P. *Sobre la ignorancia de la Ley Penal, Problemas de Derecho Penal*, Revista de Legislación, 1895.

relación con el Derecho Administrativo supone, pues ese ordenamiento es peculiar y complejo, hasta el punto que se ha llegado a destacar la imposibilidad o dificultad de su estricto cumplimiento en actos cotidianos como puede ser la obtención de una simple licencia urbanística de obras o de apertura de un establecimiento mercantil, dado el ingente bloque normativo que para cualquier acto de dicha naturaleza es necesario observar.

Nos encontramos ante un supuesto en el que la teoría estricta del dolo debe imponerse, pues el *dolus malus* se exige directamente desde los elementos normativos del tipo, mezclándose con la conciencia de antijuricidad exactamente en el mismo plano y con la misma intensidad, siendo esta una decisión de política criminal firmemente asentada (el CP de 1995 elimina la prevaricación culposa o imprudente¹⁵¹). El dolo natural, en el tipo de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, abarca no solo los elementos de la tipicidad, sino también el conocimiento de la antijuricidad, tal y como el delito se configura en el ordenamiento español. No puede, por consiguiente, decirse que el autor no incurre en error de prohibición desde el momento en que puede plantearse una valoración o conocimiento «paralelo», algo que en la práctica excluiría casi totalmente la viabilidad de la doctrina del error, pues estamos ante un delito especial que solo puede ser cometido por funcionarios o autoridades que, al menos teóricamente, deben disponer de dicho conocimiento «paralelo».

Es importante este aspecto, pues la valoración «paralela» se asoma como un elemento clave en el correcto entendimiento del conocimiento de la antijuricidad, como premisa para la aplicación del error de prohibición. Nuestra postura se centra en demostrar que el conocimiento de la antijuricidad —excluyente del error de prohibición— se da de un modo diferente en el delito de prevaricación administrativa, pues si la mera valoración «paralela» o, en términos similares, la

¹⁵¹ Recordamos que el artículo 358, 2º párrafo del anterior CP (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre) señalaba que: «Con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo».

«co-consciencia» (PLATZGUMMER¹⁵²) o consciencia marginal que alcanza al conocimiento de los elementos del tipo, pero con menor intensidad, es suficiente en otros tipos penales (para excluir el error), no ocurre así en el delito de prevaricación administrativa, en el que la voluntad del legislador es la de colocar la barrera de defensa penal mucho más allá, configurando así una verdadera *ultima ratio*, que deje suficiente margen o espacio a la mera ilegalidad administrativa y a su control en vía contencioso-administrativa.

10.1.- ERROR Y PRUEBA INDICIARIA

Se suele mantener que la aplicación de la teoría estricta del dolo implica extraordinarias e inadmisibles dificultades en el orden probatorio, e incluso conduce a situaciones de impunidad.

Comprensiblemente, no se trata de objeciones inapropiadas o carentes de sentido. Equiparar el conocimiento de la antijuricidad en el mismo plano y con el mismo vigor al de los elementos naturalísticos descritos en el tipo genera estos indeseables efectos, con carácter general. Son muchos los ejemplos prácticos que proporciona la doctrina al analizar estos supuestos¹⁵³. No es este, sin embargo, nuestro caso, en el que la especificidad del tipo y su carácter especial pone en relación de íntima conexión la cuestión que analizamos, el error de prohibición, con todos sus matices, con la cuestión estrictamente probatoria.

¹⁵² PLATZGUMMER, *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, Springer-Verlag, 2013, Pag. 83 y ss.

¹⁵³ Se mezclan elementos de psicología clínica, que acreditan la disminución de la consciencia, por ejemplo, en situaciones de arrebató u otro estado de nerviosismo, y de política criminal. No es admisible, en efecto, que quien comete dolosamente una agresión deba tener consciencia de la antijuricidad de portar armas, al mismo nivel o con la misma intensidad que otros elementos normativos o del tipo. Una interpretación absurda sería aquella que conduzca a la penalidad por delito imprudente, en lugar de doloso, en todos los casos en que no se consiga acreditar que el delincuente tenía plena consciencia de la antijuricidad de los elementos accesorios o colaterales del tipo.

La degradación de la teoría estricta del dolo, hacia una más ligera teoría limitada, o incluso a la teoría de la simple culpabilidad no encaja, según nuestro parecer, con la articulación positiva del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP.

Fue MEZGER¹⁵⁴ quien defendió —con el ánimo de solventar los problemas prácticos antedichos— la «limitación» de la teoría estricta del dolo, poniendo el acento en a actitud del sujeto en el *iter* delictivo, más que en el hecho o en la descomposición de los hechos delincuenciales, sin que el dolo deba abarcar por completo o con igual fuerza a estos últimos. Igual ocurre con la teoría de la culpabilidad —ya en un nivel inferior— que simplemente configura la conducta como dolosa entendiendo que el dolo «natural» no incluye la comprensión de la antijuricidad, conformándose con un conocimiento hipotético o potencial de la contradicción con la ley, en caso de haber puesto el sujeto una mayor diligencia en el desarrollo de su acción.

Finalmente, en nuestra opinión, estamos ante una cuestión de prueba, ante una dificultad probatoria, de atribución de los hechos punibles como consecuencia su pertenencia al ámbito interno de la *psique* del individuo. Y precisamente por esa dificultad, extrema en muchos casos, la doctrina busca —y encuentra— *soluciones* que podemos calificar como *ficciones* o meros artificios dogmáticos al servicio de la política criminal¹⁵⁵.

¹⁵⁴ MEZGER, e. *Moderne Wege del Strafrechtsdogmatik: ein ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner*, Duncker & Humblot, 1950, Pág. 43.

¹⁵⁵ Es muy significativo el relato que MUÑOZ CONDE hace de las críticas que recaen sobre la teoría de la culpabilidad (dolo limitado, excluido), al señalar que uno de sus principales déficits es el de crear «un bello ropaje que no va a desempeñar ningún papel en la práctica» (MUÑOZ CONDE, F., *El error en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, página 36). En la doctrina alemana aun reconociendo la virtualidad del error de prohibición, queda claro que su aplicación práctica es casi irrelevante, pues casi en todos los casos el dolo cristaliza aun de un modo meramente potencial —pudiendo el sujeto haber evitado el resultado con la diligencia debida (JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Berlin 1983, página 461 y siguientes).

La trabazón entre el error de prohibición y la dificultad probatoria se muestra entonces con total claridad. La cuestión, alejándose de la logomaquia, es mas sencilla: la prueba del comportamiento doloso es, en ciertas ocasiones, muy difícil y, precisamente, el delito de prevaricación es un buen ejemplo, quizás, por las razones que venimos apuntando, el mejor ejemplo¹⁵⁶.

En efecto, el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP es un delito estrictamente doloso, no admitiéndose formas culpables o negligentes. Es más, el dolo debe ser directo y no se admite si quiera el dolo eventual, pues lo que se castiga en sede penal son aquellos comportamientos extremos, que no encuentran el más mínimo acomodo en cualquier sistema o razonamiento interpretativo válido. Los términos empleados por la jurisprudencia, más que consolidada, son bien expresivos; la vulneración legal debe ser «grosera», «palmaria», «torcida», etc., acercándose el concepto mucho más a la arbitrariedad de una conducta, a una finalidad injusta y personal del autor, que desplaza conscientemente los valores que el ordenamiento administrativo representa (imparcialidad, objetividad), que al concepto de ilegalidad propiamente dicho. Por consiguiente, los elementos naturales del dolo, en este concreto hecho típico, son casi todos elementos que recaen sobre la conciencia de antijuricidad, con igual intensidad y rigor. Esto es, según opinamos, el dolo exigido por el tipo no puede verse habilitado por una conciencia de antijuricidad *limitada* o, menos aun, excluida, en el sentido de bastar con que potencialmente hubiera sido posible adquirirla, con la diligencia debida. Muy al contrario, lo que exige el tipo es que la autoridad o funcionario se pliegue deliberadamente a otros fines, torcidos o manifiestamente arbitrarios, sin que sea suficiente que este haya podido representarse otra situación u otra interpretación, cosa que, por la dinámica del hecho típico, supondría, más que un supuesto de error de prohibición, un caso de falta de tipicidad o de error sobre el tipo.

¹⁵⁶ Sucede algo similar, por ejemplo, con otros elementos jurídicos que están presentes en los delitos patrimoniales o económicos, en las detenciones ilegales o también en el delito fiscal. En definitiva, en todos aquellos en los que la distinción entre los elementos objetivos del tipo y la antijuricidad resulta de difícil sistemática, lo que claramente ocurre con la prevaricación administrativa.

La dificultad probatoria, en estos casos, no es otra que la de acudir —en ciertos casos— a la prueba indiciaria que, por otro lado, ya consta de un acervo o cuerpo de doctrina jurisprudencial muy consolidada, por lo que no cabe escudarse en una construcción del dolo degradado o conciencia de antijuricidad potencial, pues este no es el sentido de la norma, que en este caso sí es prototípicamente de *ultima ratio*.

10.2.- ¿ERROR DE TIPO O DE PROHIBICIÓN?

La regulación del error en el Código Penal descansa en la distinción entre error de tipo y de prohibición, en consonancia con la diferente función dogmática de la tipicidad y de la antijuricidad. Ambas categorías se sitúan en diferentes planos y funciones. Sin embargo, lo que está conceptualmente claro puede no estarlo en la práctica, siendo perfectamente admisible que el tipo penal describa elementos típicos que, aunque normativos, también son elementos que configuran la conciencia de antijuricidad. Tal es, a nuestro juicio, el caso del delito de prevaricación administrativa que contempla el artículo 404 del CP.

Dictar una resolución «injusta» a sabiendas de su injusticia y del material resultado injusto que produce es una descripción delictual que encierra vocablos que pertenecen al ámbito de la conciencia de actuar en la forma prohibida por el Derecho («a sabiendas de su injusticia»).

Por ello, debemos preguntarnos si en el caso del delito que estudiamos la doctrina del error debe diferenciar los supuestos, pues el Código establece soluciones punitivas diferentes en cada caso.

ROXIN¹⁵⁷ ya apunta que en la práctica no es fácil distinguir la clase de error ante el que podemos encontrarnos y que dependerá de las circunstancias del caso en concreto, lo que ya nos pone en aviso de la dificultad técnica que puede encerrar la distinción. Igualmente, BACIGALUPO¹⁵⁸ señala que la respuesta dependerá de la casuística, siendo posibles ambas soluciones, dependiendo de

¹⁵⁷ ROXIN, C., *Teoría del tipo penal*, Depalma, 1979, Pág. 217.

¹⁵⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Teoría de las normas*, Depalma, 1977, Pag. 177.

donde pongamos el acento al valorar el caso y de las consecuencias que ello suponga.

Existen distintas teorías en la doctrina sobre este tema, desde aquellas que excluyen el error de prohibición en el momento que el tipo contiene elementos normativos (PEREZ ROYO¹⁵⁹, WELZEL¹⁶⁰), pasando por otras que lo admiten sin problemas (MAIWALD¹⁶¹), incluso profundas teorías híbridas (BACKES¹⁶²), que distinguen entre los elementos del tipo y los elementos objeto de reenvíos a normas en blanco. El error sobre los primeros siempre sería error de tipo mientras que el que recayese sobre los elementos materiales de las normas extrapenales o sobre su relación de causalidad serían errores de prohibición.

Frente a este marasmo dogmático, lo cierto es que en determinados casos (allí donde los tipos describan elementos normativos, claramente), puede sostenerse en cada caso que el error es de tipo o de prohibición, sin mayores problemas doctrinales. El problema, no obstante, es el diferente trato punitivo dado por el Código Penal, siendo necesario tener que escoger a la hora aplicar uno u otro, en atención a las circunstancias.

Si la prueba del comportamiento nos conduce a una situación de ignorancia o déficit de apreciación sobre el alcance de ciertos datos de hecho derivados de los elementos normativos, el dolo debe excluirse y, con ello, el error sería claramente de tipo, siendo preferente, en la secuencia interpretativa, acudir a este razonamiento sobre el tipo, antes que sobre la conciencia de la antijuricidad.

Diremos, en suma, que no existe un inconveniente sustancial para la aplicación del error de tipo, o de prohibición, en atención de los elementos y

¹⁵⁹ PEREZ ROYO, F., *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, 1986.

¹⁶⁰ WELZEL, H. *Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte*, insbesondere en NJW, 1953, Pág. 487.

¹⁶¹ MAINWALD, *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, Heidelberg, 1984.

¹⁶² BACKES, *Die Abgrenzung vom Tatbestands und Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht*, en StuW, 1982, Pág. 253 y ss.

circunstancias que concurren, cuando los elementos del tipo incluyan características que abarquen el conocimiento de la antijuricidad.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1986 que trata de un caso en el que la Audiencia Provincial condenó a un Comisario de policía que se negó a revelar al Juez de Instrucción los datos personales de diversos colaboradores de la policía que traspasaron la frontera española desde Francia para cometer un atentado en la localidad de Hendaya. La Audiencia condenó al Comisario de policía por obstrucción y denegación de auxilio (artículo 371 del CP), pero el Tribunal Supremo español lo absolvió, casando la sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián por entender que el Comisario se encontraba en la creencia errónea de encontrarse en un estado de necesidad, lo cual suponía la inexistencia de dolo y, dado que el delito de denegación de auxilio no podía cometerse por imprudencia, la conducta no era punible.

El Tribunal Supremo entiende que el error sobre una causa de justificación, elimina el dolo. Sin embargo, no parece que ello se acomode a las previsiones actuales del Código Penal, que distingue la penalidad en atención a la vencibilidad o invencibilidad del error.

En definitiva, sostenemos en este trabajo que con arreglo a la teoría general del delito resulta en ocasiones, precisamente en aquellas que, como ocurre en el caso del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, el la descripción del tipo incluye elementos de carácter normativo, resulta muy difícil distinguir si el error recae sobre los elementos del tipo o sobre la antijuricidad, pudiendo en estos casos acudir sistemáticamente a una u otra clase de error de un modo casuístico, pues las consecuencias en el orden punitivo son muy diferentes.

Y todo ello sin olvidar que tras dicha cuestión subyace otra de carácter político-criminal, del cual se deriva la mayor o menor intervención del Derecho Penal en determinados casos.

**XI – EL PRECEDENTE
ADMINISTRATIVO Y EL
DELITO DE
PREVARICACIÓN
ADMINISTRATIVA**

XI - EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Supra hemos tratado el tratamiento del error de tipo y/o de prohibición y también el efecto de la complejidad del Derecho Administrativo como elementos que pueden afectar a la existencia de responsabilidad criminal y a la comisión del delito de prevaricación administrativa.

Abordamos ahora el significado del «precedente» administrativo y sus posibles efectos sobre la comisión del delito.

11.1.- EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

El precedente administrativo no es otra cosa que un supuesto objetivamente similar a otro subsiguiente, que de algún modo puede condicionar la decisión de la Administración, salvo que haya razones, y estas se expongan motivadamente, para operar un cambio de criterio.

El desencadenante del precedente es, por consiguiente, el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, así como otros valores superiores del ordenamiento jurídico español, como la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9 CE) y la objetividad en la actuación de los poderes públicos (artículo 103.1 CE) y, también en ciertos casos, el principio de confianza legítima¹⁶³ en la actividad de la Administración, cuya construcción

¹⁶³ Aunque en la consideración de los precedentes como elementos que de algún modo pueden ejercer como parámetros interpretativos de las normas (principio de legalidad), el principio de confianza legítima se ha contemplado de un modo subsidiario al principal, que es el de igualdad del artículo 14 CE. No obstante, por ejemplo, la STS de la Sala 3ª, de 26 de octubre de 2004 señala que «el principio de confianza legítima supone que los ciudadanos puedan confiar legítimamente en que la Administración realizará una interpretación aplicativa del ordenamiento jurídico administrativo uniforme y no discriminatoria, y que no se apartará de sus propios precedentes».

deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya desde la Sentencia Lemmerz-Werke¹⁶⁴, dictada en 1965.

El precedente administrativo, pues, vincula a la Administración, aun cuando pudiera haber voces en sentido opuesto, ancladas en el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, el proceso «al acto», la doctrina del interés general, etc. Estas teorías son obviamente válidas, pero no obstan a la virtualidad expansiva del artículo 14 CE¹⁶⁵, motor del principio de igualdad de trato en situaciones objetivamente similares, ya sean declarativas de derechos o de gravamen. Así, el Tribunal Constitucional español (STC 203/2000, de 24 de julio) define el precedente administrativo como la «invocación de la hipotética desigualdad resultante de la diferencia entre actos administrativos», aunque ya en otras anteriores (STC 62/1987, de 20 de mayo) ya conectó definitivamente el precedente con el principio de igualdad del artículo 14 CE.

El principio de igualdad debe resultar operativo no solo en el momento de la creación de la ley, sino especialmente en el momento de su aplicación a cada uno de los supuestos particulares¹⁶⁶ y ello es un valor digno de protección jurídica y constitucional. La previsibilidad y confianza legítima en el sentido de las decisiones que la Administración adopta genera una expectativa que no puede ser desconocida y que, con los matices que se exponen, debe ser objeto de protección.

A juicio de DÍEZ PICAZO¹⁶⁷, la clave de la vinculación del precedente respecto del supuesto subsiguiente es *la causa*, más allá de cualquier otro formalismo. Estamos enteramente de acuerdo. Como señala el autor, «si las circunstancias o presupuestos de hecho son similares, y en el segundo caso la Administración actúa de un modo diferente, es que no está cumpliendo los fines que el ordenamiento señala a la potestad utilizada».

¹⁶⁴ STJCE de 13 de julio de 1965.

¹⁶⁵ Artículo 1º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos».

¹⁶⁶ Así lo dice LLORENS, E.L., *La igualdad ante la ley*. Instituto de estudios políticos de la Universidad de Murcia, 1934, Págs 37 y 54.

¹⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, L.M. *La doctrina del precedente administrativo*, Revista de administración pública, nº 98, 1982, Pag. 21.

En todo caso, si bien podemos considerar *anormal* un apartamiento del precedente, en el Derecho español éste no constituye fuente del derecho, debiendo articularse una serie de principios cumulativos que le otorguen valor, al margen de supuestos claros de violación legal que pueden operar por sí mismos, con eficacia anulatoria, como es la falta de motivación del acto administrativo. En principio, pues, hay una variedad de circunstancias que los Tribunales pueden oponer al valor vinculante del precedente (carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, legalidad del acto enjuiciado, ilegalidad del precedente, falta de identidad, ejercicio de una potestad discrecional o técnica de la Administración etc.), pero hay otros principios de carácter superior que, en ciertos casos, otorgarían dicha relevancia y, por tanto, no faltan supuestos en los que se brinda la tutela en base al llamado «precedente»¹⁶⁸.

El precedente, pues, carece de cobertura directa en el Derecho positivo, siendo una figura de construcción jurisprudencial, un «indicio», como dice DÍEZ SASTRE, que permite detectar injusticias¹⁶⁹.

11.2.- LA CUESTIÓN DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO ILEGAL

Es doctrina consolidada que no cabe invocar la vulneración del principio de igualdad en una situación de ilegalidad. Se trata de una doctrina solvente y, aparentemente, uniforme y sin escalas. Incluso el propio Tribunal Constitucional lo ha manifestado en diversas Sentencias: (SSTC 47/1989, de 21 de febrero, 167/1995, de 8 de septiembre, 14/1999, de 22 de febrero, 203/2000, de 24 de julio, 180/2005, de 4 de julio, etc.).

¹⁶⁸ Incluso el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE es considerado por el Tribunal Constitucional como un principio válido en relación con la protección constitucional del precedente. Así puede verse en la STC 150/2001, de 2 de julio, donde se conecta, en igual plano, este derecho fundamental del artículo 24 CE con el principio de igualdad del artículo 14 CE.

¹⁶⁹ DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, 2008, página 229. Cita también la STS de 6 de junio de 1959, donde se dice: «no es justo resolver de forma desigual un caso de circunstancias similares».

A nuestros efectos, no obstante, sí podríamos plantear algunos matices.

En primer lugar, siendo cierto que la «cadena de ilegalidades» no es admisible, la calificación de un acto como ilegal, como manifiestamente ilícito, sí tiene amplios estadios de gradación (desde una irregularidad formal o procedimental, pasando por la anulabilidad, nulidad radical o de pleno derecho, arbitrariedad, desviación de poder, posibles convalidaciones, aplicación de remedios de última instancia como los previstos en el artículo 110 LPAC¹⁷⁰, etc.). Y no puede ser lo mismo el precedente «irregular» que el precedente nulo. Como tampoco puede tener iguales efectos un precedente declarado ilícito a posteriori del acto subsiguiente, o basado en un déficit interpretativo, en un cambio normativo o, incluso, puramente en un cambio de criterio o en los llamados «márgenes de tolerancia» que el ordenamiento jurídico admite en determinados casos o, incluso, derivados de la propia praxis administrativa.

Ya en la STS de 18 de febrero de 1991 encontramos algunos matices, al señalar que, efectivamente, no caben los precedentes *contra legem*, pero «no es menos cierto que en el ámbito interpretativo del ordenamiento jurídico tales precedentes no pueden ser desatendidos, cuando la exégesis que venían haciendo de la norma sea razonable y adecuada a la finalidad del precepto».

Coincidimos en que un sujeto no sea sancionado y otro sí, en idéntica situación ilegal, no puede suponer un precedente liberatorio para el segundo. Es la doctrina generalmente admitida. Sin embargo, hay muchos matices que se derivan de la casuística y de las múltiples ópticas que el Derecho otorga a tales supuestos de hecho —como hemos señalado, STS de 18 de febrero de 1991, o también la STS de 10 de septiembre de 1993—; y, si bien, en el Derecho administrativo la máxima puede tener mayor virtualidad y contundencia, en la aplicación del Derecho penal debe andarse con mucho más cuidado.

En el ámbito penal el hecho de que un precedente sea ilegal o responda a una inadecuada interpretación del ordenamiento jurídico no puede dejar de tener

¹⁷⁰ Artículo 110 LPAC: Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

valor jurídico. Aquí no se trata de evitar la *cadena* de ilegalidades, sino de atribuir el correcto significado a la decisión que se toma tras la existencia de un precedente debidamente razonado y justificado, aunque nulo o anulable. Puede caber, pues, la quiebra o ruptura del precedente (de la *cadena*), pero automáticamente ello puede convertirse en un indicio razonable de ausencia de dolo, esto es, de error sobre el tipo o de prohibición.

Si bien los Tribunales administrativos vienen exigiendo la sanción judicial (revisión judicial favorable) del precedente administrativo para que este pueda tener alguna virtualidad coadyuvante, ello puede tener sentido en el ámbito de lo contencioso, o incluso en el ámbito constitucional, vinculado al principio de igualdad en su vertiente expansiva y susceptible de protección por vía de amparo, pero tal requisito no obstaculiza, en nuestra opinión, la realidad y efectividad del precedente como elemento probatorio directo de la ausencia de dolo o en sede de antijuricidad, al menos. Es un clarísimo indicio, que no desvirtuado por otros medios probatorios, ofrece una causa de exclusión de la acción típica dolosa de muy alta significación.

11.3.- PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y PREVARICACIÓN

La cuestión resulta fácil de plantear: ¿es una causa de justificación válida actuar conforme al precedente administrativo?

Como venimos defendiendo, el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal se asienta en dos pilares esenciales, uno estrictamente normativo (la ilegalidad supina de la resolución, no bastando una mera ilegalidad), y otro, la arbitrariedad de la decisión, que es un componente de la teoría del dolo, como parte de la acción típica, requiriéndose por el tipo un *dolus malus* o dolo directo y específico, plasmado en un decidido apartamiento de la ley, en una voluntad «torcida» del autor.

Pues bien, existiendo un precedente en el actuar presuntamente prevaricador, entendemos que no basta la aplicación de la máxima «no cabe invocar la vulneración del principio de igualdad en una situación de ilegalidad», sino que debe analizarse con sumo cuidado los términos en que el precedente se ha desarrollado y la utilización que del mismo se ha hecho por parte del presunto

autor del delito. Dicho análisis puede afectar tanto al dolo —lo más normal—, como a la propia injusticia de la decisión adoptada.

El precedente, además, puede adoptar múltiples formas de inserción en la práctica administrativa: actos administrativos expresos, silencio administrativo, actividad técnica o material, instrucciones verbales, actividad coactiva, de ejecución, etc., algo que indudablemente también tendrá su *causa* y justificación dependiendo de cada caso.

Es mas, si la doctrina jurisprudencial viene admitiendo de un modo uniforme la virtualidad del precedente como argumento suficiente para la anulación de los actos subsiguientes que se hayan apartado del mismo, parece lógico que los segundos actos que hayan mantenido el criterio del precedente — aun siendo éste ilegal— tengan la oportunidad de contrastarse como elementos de descargo, midiendo la «fuerza» de su trayectoria en atención a las circunstancias particulares que en cada caso concurren, no pudiendo descartarse *a radice* en aplicación de la doctrina general sobre la invalidez del precedente ilegal.

El juicio de contraste del precedente *ilegal* tiene que basarse necesariamente en su carácter reiterado, la razonabilidad y la racionalidad de su justificación o motivación, la aplicación de los principios que lo inspiran con vocación de generalidad, universalidad y permanencia, la coherencia con el supuesto de hecho y su alteridad respecto de otros sujetos en supuestos similarmente objetivos, es decir, la capacidad del precedente de ser aplicado a distintos supuestos y destinatarios del acto decisorio, sin constituir una reserva de dispensación del ordenamiento. Este estándar del precedente constituye, en nuestra opinión, un elemento de contraste cuasi definitivo, sin que pueda limitarse el juez o tribunal a omitir *a limine* el contraste, arguyendo la simple ilegalidad del precedente. La imprevisibilidad de esta conducta del sistema judicial, que se limita a aplicar una máxima absoluta (no cabe alegar igualdad de trato en el ámbito de la ilegalidad) contrasta con la *previsibilidad* del precedente — cuando es tal—.

La STS de la Sala Tercera, de 28 de febrero de 1989, contempló incluso un supuesto en el que el Tribunal amparó la concesión de una subvención «ilegal» en base a la confianza generada, conservando los efectos del acto emitido *contra legem*. Cuanto menos, por consiguiente, cabría exigir al juzgador que analice de

un modo pormenorizado las circunstancias particulares en las que la aplicación del precedente fue aplicado, a efectos de determinar sus posibles efectos, no ya anulatorios, sino punitivos en sede penal.

**XII – SUPUESTOS DE
PREJUDICIALIDAD Y
PREVARICACIÓN
ADMINISTRATIVA**

XII - SUPUESTOS DE PREJUDICIALIDAD Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Entramos ahora en el análisis de una cuestión de naturaleza procesal, como es la institución de la prejudicialidad, pero que tiene gran relevancia en relación con la sustantividad propia de un delito como la prevaricación administrativa, en cuanto norma penal *en blanco*¹⁷¹, que siempre es necesario completar con una norma de carácter extrapenal. Ésta, procedente de un Derecho Administrativo cada vez más complejo¹⁷², y cuyo enjuiciamiento y adecuada comprensión muchas veces sólo puede ser resuelta por la jurisdicción especializada, la contencioso-administrativa, de ahí que puedan surgir los problemas que ahora comentamos¹⁷³.

Los arts. 3 y 4 LECRIM, relativos a las «Cuestiones Prejudiciales», previenen:

«Artículo 3.

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

¹⁷¹ Normas a las que JIMÉNEZ DE ASÚA llamaba «tipos imperfectos».

¹⁷² En origen (Códigos Penales del s. XIX) la escasa entidad y simplicidad de las cuestiones civiles o administrativas que pudieran darse en el proceso penal hacía más operativa su sustanciación en éste, con la debida prontitud.

¹⁷³ GARCÍA ARÁN ha criticado que algunas remisiones normativas indiscriminadas a los reglamentos obligan en ocasiones a debatirse en «auténticas selvas normativas». GARCÍA ARÁN M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, Estudios penales y criminológicos, n.º. 16, 1992-1993, Pág. 82.

Artículo 4.

Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente.

Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Secretario judicial, mediante diligencia, alzará la suspensión y continuará el procedimiento.

En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal».

La STS de 31 de mayo de 1993, Ponente Sr. García Miguel, define las cuestiones prejudiciales como «cuestiones extrapenales cuya resolución es esencial para la determinación del elemento objetivo del delito, lo que a su vez puede trascender al elemento subjetivo, sin el concurso de los cuales ni hay delito ni puede imponerse pena», siendo la regla general la que establece el art. 10.2 LOPJ y la propia LECRIM (art. 3) al señalar la preferencia¹⁷⁴ de la jurisdicción

¹⁷⁴ ROMERO TEJADA, J.M. en *Prejudicialidad penal. Incidencia en la actividad administrativa*, Fundación Democracia y Gobierno local, 2009, Págs. 153 a 159, se pregunta: «¿porqué esa preferencia hacia la jurisdicción penal? En primer lugar, por criterios estrictamente materiales, y encuentra su fundamento en la relevancia de los bienes e intereses protegidos por las normas penales que afectan a toda la sociedad; y no podemos olvidar que el proceso penal está regido por los principios de legalidad, imparcialidad y oficialidad, y se encuentra ajeno a la autonomía de la voluntad. Si ahí unimos la simplicidad y escasa entidad de las cuestiones civiles que se planteaban, todo ello aconsejaba la preferencia de la jurisdicción penal. Y, en cuanto al campo del Derecho Administrativo, por la escasa relevancia de las cuestiones administrativas que surgían en el siglo pasado, como consecuencia de la nula intervención de la Administración, y, de otra parte, por el positivismo jurídico imperante, que hacía que los tipos penales fueran tipos perfectos, excluyendo los preceptos penales en blanco.

En segundo lugar, por criterios orgánicos, pues pensemos que fue la Ley de 1956 la que creó la jurisdicción contencioso-administrativa en- cargada del fallo de las cuestiones

penal frente a la civil o administrativa, facultándola para conocer de las mismas, si bien, «atemperándose» a las reglas de Derecho civil o administrativo (art. 7 LECRIM).

Cuando además de ser esencial, la cuestión sea «determinante de la culpabilidad o de la inocencia», la misma se considera *devolutiva o invertida*, debiendo el «Tribunal de lo criminal» suspender el proceso hasta que el órgano judicial civil o contencioso-administrativo se pronuncie, en los términos previstos en el art. 4 LECRIM.

Obviamente, cualquier supuesto de prevaricación administrativa afectará a *cuestiones prejudiciales*, en el sentido de que siempre existirán cuestiones de hecho que no son resueltas por la norma penal y cuya fijación requiere la previa aplicación de una norma *extrapenal* de Derecho administrativo. Ello no supone, en principio, nada extraordinario. El problema está, sin embargo, en determinar cuándo tal aplicación debe atribuirse a otro juez, a fin de que la subsunción sea realizada con las debidas garantías, por ser ello *determinante de la culpabilidad o de la inocencia*.

Primeramente, conviene precisar lo que haya de entenderse como “determinante de la culpabilidad o la inocencia”, a fin de no incurrir en equívocos derivados de la estricta literalidad de la norma¹⁷⁵. En primer lugar, el término

administrativas, lo que hacía imposible que, con anterioridad a dicha fecha, se pudieran resolver cuestiones prejudiciales.

Y, por último, por criterios estrictamente procesales, ya que el proceso penal se regía por los principios de legalidad, oficialidad, investigación, oralidad, inmediación, contradicción, publicidad y libre valoración de la prueba, a los que hay que añadir, además, artículos como el 324 de la LECr, que daba el plazo de un mes para acabar los sumarios (único procedimiento entonces en vigor). Así, se entendía preferente esta jurisdicción, antes que la jurisdicción administrativa, que no estaba desarrollada, y antes que la jurisdicción civil, que tiene como principios el dispositivo, el de aportación de parte, el de escritura, el de mediación, el de secreto y valoración de la prueba. Todo ello hacía que la jurisdicción penal conservara la preferencia de las resoluciones de las cuestiones prejudiciales».

¹⁷⁵ GÓMEZ ORBANEJA ha destacado el carácter poco afortunado de la expresión, incluso tildándola de “incorrecta”.

«culpabilidad» es uno de los elementos del delito, siendo perfectamente posible que se dé un hecho típico y antijurídico y no ser «culpable» su autor; lo relevante, a la hora de distinguir las cuestiones no devolutivas de las devolutivas, será entonces el criterio de la complejidad, de la dificultad real en la resolución de la cuestión; que la decisión exija una prueba compleja y jurídicamente difícil¹⁷⁶. Este es el criterio señalado como determinante por GIMENO SENDRA, al señalar el carácter devolutivo «cuando la solución de la cuestión prejudicial sea imprescindible o necesaria para la determinación de la conducta penalmente típica (*relación heterogénea de antijuricidad*), caso en que por su complejidad el ordenamiento jurídico ha especializado al juez contencioso como el juez predeterminado por la ley»¹⁷⁷.

Por otro lado, la locución debe entenderse, como es natural, en el sentido de excluir la responsabilidad *por cualquier título*, pues de lo contrario el reenvío sería innecesario¹⁷⁸.

Precisado lo cual, es forzoso reconocer que nos encontremos ante cuestiones jurídicas de alta complejidad técnica, cuyo análisis requiera un conocimiento riguroso, que solo puede ofrecer con seguridad la jurisdicción especializada del orden contencioso-administrativo.

Debemos también llamar la atención sobre el carácter obligatorio de la cuestión devolutiva, cuando esta se da. Este carácter imperativo («el Tribunal suspenderá», dice el art. 4 LECRIM) se reconoce en la importante STC 30/1996, de 26 de febrero (y posteriores 50/1996, 91/1996 y 102/1996) habilitándose el recurso de amparo y la anulación de la sentencia que hubiere sido dictada por los órganos penales, si el carácter devolutivo existiere y no hubiese sido declarado. Según el Tribunal Constitucional,

¹⁷⁶ Así lo expone MANZINI, V. en su *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ed. Jurídicas Europa-América, 1951, págs. 379-379.

¹⁷⁷ GIMENO SENDRA, V., Presentación de *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, obra de BALLBÉ y PADRÓS, Ed. Thomson-Civitas, 1999, págs. 26-48. GIMENO SENDRA fue también ponente de la importante STC 30/1996, que en sus propias palabras “tuvo que desempolvar el art. 4 LECRIM”.

¹⁷⁸ GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, Derecho Procesal, vol. 2, 1987, Pág. 89.

«cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, máxime cuando, del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente, pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir, respectivamente, en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos estos esenciales del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución» (STC 30/96, FJ 5).

La pertinencia general de aplicar el artículo 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal, específicamente en el caso de delitos de prevaricación, se afirmó ya por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, antes incluso de la jurisprudencia constitucional citada. En efecto, la sentencia de 5 de julio de 1994, Ponente Sr. García Ancos, fue muy explícita en este sentido, postulando la aplicación como regla del artículo 4 LECRIM. Dice así, tras desestimar catorce motivos de casación contra una sentencia de primera instancia que absolvió a un alcalde por supuesta prevaricación, con motivo del otorgamiento de unas licencias urbanísticas:

«Y es que, en cualquier caso, la verdad es que toda la actuación del alcalde querrellado solo puede ser juzgada, en su pretendida ilegalidad, dentro del contexto de un trámite administrativo con posibles irregularidades, que únicamente pueden y deben ser corregidas judicialmente en el ámbito de la vía contencioso-administrativa, pero no dentro del área del Derecho Penal, pues de todos es sabido que estas acciones, denuncias o querellas punitivas deben decaer o quebrar cuando el posible delito dependa previamente (caso de prejudicialidad invertida del art. 4 de la Ley de enjuiciamiento criminal) de la solución que a la legalidad o ilegalidad de las licencias municipales de que se trate, den los tribunales de aquel orden (el contencioso)».

La actividad del juez penal, según el Tribunal Supremo, en estos casos, debe responder además a la auto-restricción propia que manda el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Incluso, tal y como ha señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de julio de 1990, en lo concerniente a los efectos que una cuestión prejudicial no devolutiva resuelta por parte del juez penal pueden tener en la jurisdicción contencioso-administrativa y viceversa, ello pudiera suponer, según dicha Sentencia, «que la condena impuesta en la presente resolución podría ser revisada por la vía del art. 954.4 LECRIM» (*nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado*).

Podría también argumentarse, en el mismo sentido favorable a un pronunciamiento prejudicial, el carácter «preferente y sumario» del eventual proceso contencioso-administrativo (arts. 114 y siguientes LJCA), a tenor de su objeto, cuya finalidad última sería preservar derechos fundamentales (arts. 17 y 24 CE). El Consejo General del Poder Judicial, en su informe de 1996 al Anteproyecto de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, expresó claramente que «como quiera que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece deducirse que en los casos en que la validez de un acto administrativo pudiera ser condicionante de la existencia de un delito — cuestión prejudicial administrativa—, se hace necesario suspender el procedimiento penal hasta tanto se resuelva sobre la validez del acto en vía contencioso-administrativa, debería preverse en estos supuestos la tramitación referente y urgente del recurso contencioso ante la pendencia de una causa penal».

Por otro lado, la relación entre ambas jurisdicciones «no ha de constituir una *definición de necesaria vinculación refleja*, pues la única declaración de prejudicialidad fija es la cautelar suspensión del proceso, cauce materializado del actuar jurisdiccional hasta que se despeje una incógnita que puede tener o no influencia decisoria» (STS de 24 de enero de 1974). Así lo precisa el art. 3 LECRIM, que limita la competencia penal “para solo el efecto de la represión”, sin que cause fuerza de cosa juzgada ante la jurisdicción competente por vía principal¹⁷⁹.

¹⁷⁹ No hay menor base, según GARCÍA DE ENTERRÍA, para entender que el carácter constitutivo de delito de un acto administrativo suponga, con efectos de cosa juzgada, la nulidad de pleno derecho de éste. En todo caso, esta declaración administrativa de nulidad habría de realizarse a través del procedimiento de revisión de oficio, consecuencia de la sentencia penal, decisión que a su vez sería impugnabile en la vía

Esta cuestión ha sido objeto de interesantes estudios doctrinales, tanto desde la perspectiva del Derecho Penal como desde el Derecho Administrativo, siendo un asunto de extraordinaria relevancia práctica, pues como ha destacado el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, «en el nuevo Código Penal de 1995 se han criminalizado capítulos enteros del Derecho Administrativo». En semejante sentido, el magistrado ARAGONÉS BELTRÁN ha dicho:

«El panorama no puede ser más desolador desde la perspectiva del Estado de Derecho: los tribunales penales enjuician directamente la existencia o no de cuota tributaria y su cuantía, así como si una licencia es no contraria a la normativa urbanística o medioambiental. Y lo hacen incluso ignorando o contradiciendo lo declarado por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y, en todo caso, en base a unas “pericias jurídicas” (esto es, aquellas en que el perito califica jurídicamente los hechos juzgados) lo cual solo puede calificarse, en un Estado de Derecho, de insano, en el sentido literal de esta palabra. Lo alarmante de un sistema semejante es, como ocurriera con el procesal penal previo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se haya convertido en costumbre, y que, como ocurriera ante el mismo, se acepte resignadamente, esto es, en las reseñadas expresiones de ALONSO MARTÍNEZ, “mostrándose indiferente o desconociendo sus vicios y peligros, como no los aprecia ni mide el que, habituado a respirar en la atmósfera malsana, llega hasta la asfixia sin sentirla»¹⁸⁰.

Ocurre en estos casos, como también señala MARTÍ DEL MORAL, que

«en estos casos el juez penal penetra en un terreno que no conoce con la suficiente seguridad y destreza, siendo posible que la interpretación de los

contencioso-administrativa, abriendo, aunque sea *a posteriori*, el conocimiento de esta jurisdicción. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales*, en la Revista Española de Derecho Administrativo, nº 98, 1998

¹⁸⁰ ARAGONÉS BELTRÁN, E., *La Cuestión Prejudicial Administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo*, en *La responsabilidad penal en la Administración Pública*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010.

conceptos y técnicas sea, incluso, contraria a la que realiza la jurisdicción contencioso-administrativa»¹⁸¹.

Siguiendo a GIMENO SENDRA, debiera desecharse el carácter devolutivo de la cuestión en los siguientes casos: a) cuando la solución de la cuestión prejudicial no sea imprescindible o necesaria para la determinación de la conducta penalmente típica; b) cuando se trata de una mera conexión instrumental de normas; y c) cuando la jurisprudencia penal haya elaborado una doctrina propia y distinta sobre las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, cuya traslación al orden jurisdiccional competente no sería útil para la integración de la conducta. Por el contrario, debieran ser objeto de tratamiento devolutivo y excluyente las acciones susceptibles de ser subsumidas en un concurso aparente de Leyes, tanto penales como civiles o administrativas, es decir cuando una determinada acción recibe simultáneo reproche y de la misma naturaleza por el Derecho Penal y por el Civil o Administrativo, lo que acontece en todos aquellos casos, con respecto a los cuales el Código Penal de 1995 procedió, de la noche a la mañana, a convertir en ilícitos penales lo que hasta la fecha eran meros ilícitos administrativos o, incluso civiles¹⁸².

En cuanto al momento idóneo y apropiado para el planteamiento de la cuestión prejudicial, si el órgano judicial penal no aprecia de oficio la existencia de una causa prejudicial excluyente, podrá proponerse por cualquiera de las partes del proceso, naciendo el derecho a obtener una resolución —positiva o negativa— sobre dicha cuestión.

La pregunta sobre si dicha cuestión puede promoverse en fase de instrucción ha sido doctrinalmente debatida¹⁸³, pareciendo más apropiado su

¹⁸¹ MARTÍ DEL MORAL, A. *De nuevo sobre las cuestiones prejudiciales administrativas en los procesos penales (Comentario a la STC 30/1996, de 26 de febrero, Sala Segunda)*, Revista de Administración Pública, nº 145, enero-abril 1998, págs. 199 y ss.

¹⁸² GIMENO SENDRA, en el Estudio Preliminar de *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, obra conjunta de BALLBÉ MALLOL, M. Y PADRÓS REIG, C., Ed. Thomson, pág. 26.

¹⁸³ GOMEZ ORBANEJA entiende que no cabe proponer la cuestión devolutiva ante el juez instructor porque este órgano no fija, mediante resoluciones propias, ningún

formulación una vez concluida la fase investigadora, y en un momento en el que ya puede saberse con claridad si el elemento extrapenal tiene o no la incidencia que la Ley exige. Si se impidiera la formulación de la cuestión prejudicial en esta fase podría suceder que el acusado se vea sometido a un procedimiento innecesario con los perjuicios que ello comporta, sin haber podido esgrimir ese motivo para evitar el procesamiento, dependiendo precisamente de este recurso de apelación tal procesamiento o no, por causa de tales hechos o elementos extrapenales¹⁸⁴.

En todo caso, como ha señalado SÁNCHEZ DE LA PARRA¹⁸⁵,

«la cuestión prejudicial no surge en el proceso penal porque alguien la proponga; surge *per se*, como un elemento más del tipo del injusto que se rige por las mismas reglas y principios que los restantes. En los arts. 4 y 5 LECRIM no se recoge un derecho, sino una garantía tendente a impedir un juicio penal incompleto o basado en premisas discutibles».

El Tribunal Supremo, no obstante, viene a poner en tela de juicio, en numerosas Sentencias¹⁸⁶, la operatividad de la prejudicialidad devolutiva, tal y como se configura en la LECRIM. Sobre la base de tales pronunciamientos,

elemento del fallo penal (GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, Derecho Procesal, vol. 2, 1987, pág. 93). En el mismo sentido, ASECIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 172.

¹⁸⁴ GIMENO SENDRA sostiene que puede invocarse la cuestión prejudicial «dentro de la instrucción, en fase intermedia y en todo caso como cuestión de fondo en el juicio oral», en GIMENO SENDRA, V., Presentación de *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, obra de BALLBÉ y PADRÓS, Ed. Thomson-Civitas, pág. 31.

¹⁸⁵ SANCHEZ DE LA PARRA y SEPTIÉN, P., *Las cuestiones prejudiciales en el orden jurisdiccional penal, civil, contencioso y social*, Ed. Comares, 1966, Pág. 18.

¹⁸⁶ SSTs de 14 de noviembre de 2000, de 3 de julio de 2001, de 29 de octubre de 2001, de 27 de septiembre de 2002, de 21 de junio de 2006, de 5 de noviembre de 2009, de 3 de junio de 2014, y de 5 de noviembre de 2014. También el Auto del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2014.

algunos autores¹⁸⁷ vienen directamente a proclamar la «tacita derogación de la decimonónica prejudicialidad devolutiva del art. 4 LECRIM por los arts. 3.1 y 10.1 LOPJ».

La tutela penal quedaría «vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudieran resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento», como señalan las STS de 28 de marzo de 2006 y, muy significativamente, la de 3 de junio de 2014, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre¹⁸⁸.

¹⁸⁷ MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y AYMERICH CANO, C., *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Ed. Bosch, 2017, págs. 37 y 157.

¹⁸⁸ Esta STS, de 3 de junio de 2014, señala: «A propósito de la primera cuestión hemos de traer aquí el criterio elaborado al respecto por esta misma Sala y que se contiene, por ejemplo en las SS. de 13.7.2001 y 27.9.2002, cuando dicen que " la regla contenida en el párrafo 1º del art. 10 de la L.O.P.J. no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4o de la decimonónica L.E .Criminal.". Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento. Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado art. 4o de la L.E. Criminal impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo -y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado- dependen de la previa valoración,

resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal." En la misma línea y con extensa cita de la anterior, la STS. 29.10.2001 , afirma también: "Ha surgido controversia sobre la aplicación del artículo 4 del mismo texto procesal (la LECr). Una posición se inclina or la subsistencia de las cuestiones prejudiciales devolutivas que entrañan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquéllas por el órgano jurisdiccional competente; otras, por el contrario, afirman la eficacia derogatoria que respecto a ese artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a cada orden jurisdiccional, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. Esta Sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento (efecto devolutivo) para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional."

Esta regla viene también avalada, precisa la STS. 24.7.2001, por el reconocimiento en el art. 24.2 CE del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso -con todas sus instancias- ante otro orden jurisdiccional. El párrafo segundo del art. 10 de la L.O.P.J. añade como excepción que "no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca. En consecuencia, la regla general del art. 10.1 de la L.O.P.J. -que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional- tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda. El mantenimiento exclusivo de las cuestiones prejudiciales devolutivas de naturaleza penal en el sistema jurisdiccional establecido por la L.O.P.J. se encuentra además limitado por el condicionamiento consignado en el último apartado del precepto. La suspensión de los litigios seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales para la resolución de las cuestiones prejudiciales de naturaleza penal tampoco será necesaria en los casos en que la

ley así lo establezca. Ahora bien, la regla contenida en el párrafo 1 del art. 10 de la L.O.P.J. no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio

ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4o de la decimonónica L.E .Criminal.

Otra sentencia de esta Sala, la 1772/2000, de 14 de noviembre, también se pronuncia por la atribución a los Tribunales del orden penal de la competencia para resolver sobre tales cuestiones civiles o administrativas.

A la eficacia de artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial también se ha referido la Sentencia 1688/2000, de 6 de noviembre, en la que se expresa que la determinación de la cuota defraudada constituye efectivamente una cuestión prejudicial de naturaleza administrativa- tributaria que conforme a la regla general prevenida en el art. 10.1o de la L.O.P.J., que debe resolver el propio órgano jurisdiccional penal.

Y la Sentencia 1438/98, de 23 de noviembre, también se pronuncia a favor de la competencia del Tribunal Penal, conforme se dispone en el artículo 3o de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para resolver una cuestión arrendaticia aunque la afirmación de la existencia del arrendamiento constituya una cuestión prejudicial de naturaleza civil que, por su especial incidencia en el delito de que se trata, determine la culpabilidad o inocencia del acusado.

El Tribunal Constitucional no puede ser utilizado para defender una posición contraria a la que se ha dejado expresada ya que si bien, en un principio y respecto al delito de intrusismo, varias sentencias se pronunciaron por el efecto devolutivo, sin embargo, como se señala en la Sentencia de esta Sala 1490/2001, de 24 de julio , esa doctrina se establece en los supuestos específicos planteados en condenas por esa figura delictiva, doctrina que el propio Tribunal Constitucional ha matizado y limitado en supuestos ajenos a esa figura delictiva. Así sucede, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 278/2000, de 27 de noviembre, que desestima el recurso de amparo interpuesto contra una condena por delitos de estafa y falso testimonio, fundado en la supuesta obligatoriedad del planteamiento previo de una cuestión prejudicial devolutiva de naturaleza civil, de la que dependía la concurrencia de un elemento básico del tipo delictivo de estafa. En esta sentencia se declara que "en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones

No es esta nuestra postura, ya que de la regla general de la prejudicialidad penal (3.1 y 10.1 LOPJ, y 3 LECRIM) se extrae, con exceso, en nuestra opinión, una pretendida «derogación tácita», contraria a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (STC 30/1996) y, en suma, del legislador, que ha mantenido incólume el precepto general (3 LECRIM), y su excepción (art. 4 LECRIM). Esta excepción contempla el supuesto extremo —pero perfectamente posible— de que «la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia», caso en el que la prejudicialidad sería devolutiva.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO ha señalado, acertadamente, que

«el juez tiene una «*potestad-deber* de entrar a resolver por sí mismo cualquier cuestión prejudicial que se le plantee, con los solos límites de que esa resolución queda limitada en sus efectos “a los fines de la prejudicialidad”»¹⁸⁹.

Cuestiona el mismo autor, que lo previsto en la LECRIM sea una mera *facultad* del juez, pues «no parece serio dejar al arbitrio del juez una materia como esta sin dar pautas para el uso de ese arbitrio». CONDE-PUMPIDO FERREIRO admite, sin embargo, que la cuestión resulta más complicada a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, por lo que

integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de un cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente". Y concluye esta Sentencia del Tribunal Constitucional afirmando que cuando el Tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le corresponde y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, con ello no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española.»

¹⁸⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Enjuiciamiento Criminal, Ley y Legislación Complementaria, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I*, (Dir.), Ed. Trivium, 2014, págs. 242 y ss.

«sea cual sea la interpretación que la jurisprudencia haga finalmente del art. 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las matizaciones que el Tribunal Constitucional introduzca en el futuro en la tesis de aquella sentencia, dictada en relación a un hecho muy concreto y con connotaciones singulares (se trataba de una condena por intrusismo de un odontólogo cuyo título extranjero habría sido declarado como válido en España por sentencia de un Tribunal Contencioso-administrativo, en base a que tal sentencia no era firme, al estar recurrida), es lo cierto que la norma de este artículo 4 puede ser invocada, ya sobre la base de que el art. 10.1 LOPJ citado deja subsistentes las cuestiones prejudiciales devolutivas facultativas, ya en virtud del criterio de que tales cuestiones pueden incluso tener naturaleza necesaria cuando se corre el riesgo de que se produzcan en dos órdenes jurisdiccionales diferentes resoluciones contradictorias sobre un mismo hecho sometido en ambos casos a la verdad material (lo que no puede ocurrir entre los ordenamientos civil y penal, salvo si de una sentencia constitutiva del primero se trate; pero sí entre el penal y el contencioso-administrativo), si éste no fuese suspendido por la prejudicialidad penal»¹⁹⁰.

En definitiva, nos encontramos con una regulación dudosa, compleja, objeto de pronunciamientos contradictorios y punto de quiebra del principio de seguridad jurídica. No hay duda, en nuestra opinión, de la *vis atractiva* del orden jurisdiccional penal y de las razones que abundan en dicho sentido. Pero tampoco es desdeñable el hecho de que, como señala el profesor Soriano García,

«el Derecho Penal está sustituyendo al Derecho Administrativo. Y, a su vez, hay que decirlo, con respeto pero sin faltar a la verdad, sin que realmente el Juez penal y el Fiscal sepan mucho del complicado y complejo sistema administrativo. Sus entradas e incursiones en el Derecho Administrativo son inevitablemente simples, haciendo sencillo y como si de una gran claridad se tratara lo que es realmente complejo y necesitado de una reflexión muy

¹⁹⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Ob. Cit.*, 2014, Págs. 247 y 248.

diferente a la que encierra el mundo acabado en que el Código Penal consiste»¹⁹¹.

Se impone, por consiguiente y a nuestro entender, una nueva regulación de la prejudicialidad que mantenga el carácter devolutivo en casos extremos (pero posibles, cada vez más habituales) cuando ello, en efecto, sea «determinante» para el enjuiciamiento penal, concepto jurídico *indeterminado* pero determinable y sometido a revisión por el órgano superior, siempre a través de un procedimiento preferente y sumario, que poco se compadecería con el derecho a un proceso *justo y sin dilaciones indebidas*.

¹⁹¹ SORIANO GARCÍA, J.E., Prólogo a *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Ed. Bosch, 2017, pág. 8.

**XIII – REGLAS DE
CONEXIDAD Y CONCURSO
DE DELITOS**

XIII - REGLAS DE CONEXIDAD Y CONCURSO DE DELITOS

Cuando hablamos de «concurso» de delitos nos referimos a la existencia de una pluralidad de hechos delictivos.

No debe confundirse, por tanto, la pluralidad de hechos delictivos con el llamado «concurso de leyes o normas», supuesto en el que el ordenamiento jurídico brinda una serie de reglas o criterios para determinar cuál es la norma aplicable a un supuesto de hecho determinado.

Las reglas de «conexidad», por otro lado, son reglas de índole procesal (art. 17 LECRIM) cuya finalidad es fijar qué hechos delictivos deben ser juzgados en un mismo proceso penal.

Siguiendo al profesor DEL ROSAL¹⁹², el concurso de delitos se produce en dos supuestos:

- (1) Cuando un solo hecho penal da lugar a diversas infracciones jurídicas penales (concurso ideal, art. 77.1 y 2 CP).
- (2) Cuando una pluralidad de infracciones penales puede estimarse unitariamente desde el plano penal (concurso real, art. 73 CP).

En el primer supuesto cabe añadir, como variante, el llamado concurso *medial*, que tiene lugar cuando un delito sea medio necesario para cometer otro (art. 77.1 y 3 CP).

MEZGER señala también que, en abstracto, el concurso de delitos supone la concurrencia de diversas infracciones típicas en una unidad natural de acción dolosa, que deben enjuiciarse en un único proceso y dar lugar a una única sentencia¹⁹³.

Desde un punto de vista dogmático, el concurso de delitos incide y forma parte de la teoría jurídica del delito (fundamentalmente, en el ámbito de la acción

¹⁹² DEL ROSAL, *Derecho Penal español*, Editorial Hispano Americana, 1960, págs. 142 y ss.

¹⁹³ MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, Revista de Derecho, 1955, págs. 359 y ss.

y de su consideración homogénea) pero también de la teoría de la pena, pues su finalidad no es otra que dar una adecuada y proporcionada respuesta penológica a este tipo de fenómenos, tan frecuentes en la realidad. Esta heterogeneidad del concurso de delitos es compartida por la mayoría de la doctrina penal¹⁹⁴.

De entrada, deberíamos matizar que la participación en un delito de prevaricación de los previstos en los arts. 320 (prevaricación urbanística), 322 (prevaricación en materia de patrimonio histórico), 329 (prevaricación ambiental), 405 (nombramientos ilegales) ó 446 CP (prevaricación judicial), pese a su remisión —en algunos casos— en cuanto a la penalidad al art. 404 CP (con el añadido del propio tipo especial) no supone en absoluto ningún tipo de concurso de delitos, sino, como indicamos *supra*, se trata de un supuesto de concurso de leyes o normas, resuelto en virtud del *principio de especialidad*, a favor de la aplicación de la norma más específica.

Nos centramos, en este apartado, en el estudio de los supuestos de concurso entre el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP y otros, del mismo género (delitos *de los funcionarios*), que puedan haber sido cometidos en concurso ideal, medial o real. Si bien debemos adelantar que, como bien indica JAREÑO LEAL, en esta materia resolver los concursos existentes sea «un auténtico atolladero»¹⁹⁵, pues las distintas figuras delictivas se entrecruzan o se «apilan» (en palabras de CRESPO BARQUERO¹⁹⁶), provocando un galimatías de bienes jurídicos genéricos y específicos cuya precisión se realiza muchas veces con arreglo a criterios de justicia material (atendiendo a la penalidad, fundamentalmente), más que en relación con criterios de técnica jurídico-penal.

¹⁹⁴ Así, por ejemplo, JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho Penal*, 3ª ed., Hermes, 1958, pág. 532; BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed. 1994, pág. 273; o GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., 1996, pág. 478.

¹⁹⁵ JAREÑO LEAL, A., *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Ed. Aranzadi, 2015, pág. 81.

¹⁹⁶ CRESPO BARQUERO, P. *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, AA VV, (Coord. I. Serrano Butragueño), 1988, pág. 1743.

13.1.- COHECHO Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Existen en nuestro Código Penal distintos tipos de cohecho, siendo los que afectan a funcionarios públicos o autoridades como sujetos activos los siguientes:

El llamado cohecho *de acto injusto* del art. 419 CP, consistiendo la conducta típica en la solicitud o recepción de dádiva, favor o retribución de cualquier clase *a cambio* de la realización en el ejercicio de su cargo de un acto contrario a los deberes que le son propios, o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera realizar, sin perjuicio, además, de la pena que pudiera corresponder por el acto «realizado, omitido o retrasado» si el mismo fuera constitutivo de delito.

El cohecho *de acto propio del cargo* (art. 420 CP), por el que el «soborno» tiene lugar a cambio de realizar dicho acto, de menor penalidad que el anterior; el cohecho por el que se recibiere o solicitare la dádiva como recompensa *ex post* (art. 421 CP); o el llamado cohecho *impropio*, consistente en la recepción de dádiva o regalo en consideración al cargo público ocupado (art. 422 CP).

Fácilmente puede colegirse que el delito de cohecho, en la modalidad del art. 419 CP, puede concurrir en concurso ideal con el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, siendo el supuesto típico aquél en que el funcionario o cargo público dicta resolución prevaricadora (o participa en el hecho delictivo como *extraño*) y a cambio recibe o solicita un regalo o dádiva.

En estos casos, como señala la STS de 3 de febrero de 2009, Sr. Varela Castro, «lo que se reprocha, más que la injusticia de la resolución, es la venta de la misma resolución, lo que hace presumible su injusticia». En la prevaricación, por el contrario, lo relevante es el abuso de la función en la aplicación del Derecho. Estos tipos penales tienen una evidente relación con los delitos de corrupción, en la medida en que se comprueba que la aplicación abusiva del Derecho no necesita demostrar la existencia de corrupción, pues el abuso es ya una corrupción del sistema. Por consiguiente, el delito de cohecho debe ser independiente de la prevaricación, pues el cohecho entra en juego sin consideración del resultado perseguido por él y la prevaricación sin tener en cuenta la existencia de una contraprestación por la conducta prevaricadora, máxime cuando el legislador ha hecho una previsión expresa a favor del concurso de delitos al disponer que las penas previstas se aplican «sin perjuicio» de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa. Tal independencia la defendemos en

términos de concurso ideal, aun cuando bien podría entenderse que la penalidad del cohecho ligado a prevaricación (419 + 404 CP) ya absorbe el mayor contenido del injusto, caso en que sería procedente el concurso de normas y no de delitos, aplicándose el principio de consunción. No es, como decimos, nuestro parecer, entendiendo que la literalidad del art. 419 CP aboga por una penalidad «independiente», si bien cuando el acto injusto es netamente prevaricador, entonces nos inclinamos por el tratamiento a través del concurso ideal de delitos. Tal interpretación encaja en la mayor penalidad del cohecho de acto injusto del art. 419 CP, en la diversidad de bienes jurídicos —específicos— protegidos y, singularmente, en la diferencia existente entre ambos para su consumación, siendo que el cohecho no requiere para su perfección que el soborno llegue a producirse materialmente (a recibirse la dádiva), mientras que la prevaricación exige la efectiva producción de la resolución injusta y arbitraria. La relación concursal de delitos —que no de normas— se reconoce, por ejemplo, en la STS de 28 de octubre de 2014, Ponente Sr. Jorge Barreiro¹⁹⁷.

13.2.- FALSEDAD Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Ciñendo nuestro comentario al delito de falsedad que puede ser cometido por autoridad o funcionario público, previsto y penado en los arts. 390, 391 o 394 del CP, resaltamos la perfecta compatibilidad de este tipo de delitos con el de prevaricación administrativa del art. 404 CP, en relación concursal. Podría tratarse de un concurso medial (art. 77.1 y 3 CP) cuando la entre la falsedad y el dictado de la resolución exista una relación de medio para producir el resultado injusto y arbitrario que la prevaricación exige. O, simplemente, tratarse de un concurso real de delitos, con tratamiento unitario e independiente, en caso de acciones e injustos con mera relación de conexidad procesal o sucesión delictiva. Sobre esta relación concursal entre falsedad y prevaricación administrativa puede destacarse la STS de 7 de junio de 2016, Ponente Sr. Varela Castro.

¹⁹⁷ La STS de 28-10-14 señala que: «postula [el recurrente] un concurso de normas en un supuesto que debe ser calificado como un concurso de delitos, ya que concurren distintos hechos delictivos y distintos tipos penales vulnerados (cohecho y prevaricación)».

13.3.- USURPACIÓN DE FUNCIONES Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

En este caso, supuesto en que se dicta la resolución *usurpando funciones* de una autoridad o funcionario público, nos encontramos ante un claro supuesto de concurso de normas, que ha de resolverse con arreglo al principio de especialidad, aplicándose el tipo penal previsto en el art. 402 CP y no el de prevaricación administrativa del 404 CP. Como señala GONZÁLEZ CUSSAC, estaríamos ante una hipótesis en la que la resolución dictada, por sí misma, no es injusta y arbitraria, sino que su ilicitud deriva de la propia usurpación o arrogación de funciones. No nos parece adecuado al principio de taxatividad penal que de una «usurpación» pueda derivarse una resolución arbitraria e injusta, dictada a sabiendas y con un resultado material que pueda producir —si quiera en apariencia— efectos en el mundo jurídico, de tal modo que pueda entenderse que estamos ante dos delitos en concurso ideal. Por ello en este punto discrepamos de la solución apuntada por GONZÁLEZ CUSSAC cuando hace referencia a una situación en la que, además de irrumpirse irregularmente (usurpación), se dicta una resolución injusta¹⁹⁸.

13.4.- TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

En el delito de tráfico de influencias, en sus diferentes modalidades (art. 428, 429 y 430 del CP), el elemento típico esencial es la «influencia para conseguir [que otro dicte] una resolución que pueda generar un beneficio económico».

Por consiguiente, en una primera aproximación, el sujeto activo del delito de tráfico de influencias no puede serlo, a su vez, del delito de prevaricación, pues quien dicta la resolución es otra persona.

No obstante, se nos plantea la posibilidad de considerar partícipe (como inductor, cooperador o cómplice) del delito de prevaricación al autor del delito de tráfico de influencias, al que influye con la capacidad necesaria, con poder o prevalimiento, siempre, claro está, que la acción del sujeto —en este caso, *extranei*— incurra en los elementos típicos de la prevaricación administrativa, lo que no siempre sucederá, obviamente, pues la «influencia» puede serlo sin

¹⁹⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 129.

concurrir el dolo del injusto, directo y agravado, que se exige en la prevaricación del art. 404 CP.

De ser así, nos inclinamos por entender que el tratamiento adecuado es el previsto para el concurso de normas, pues con la figura del tráfico de influencias, de mayor penalidad que la prevaricación, se abraza todo el desvalor atribuido al hecho delictivo. Esta es la solución adoptada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, nº 13/2017, de 17 de febrero, citando a la STS de 5 de abril de 2002, Ponente Sr. Abad Hernández¹⁹⁹.

13.5.- NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A FUNCIONARIOS Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

En la redacción actual del Código Penal, el ámbito del delito de negociaciones prohibidas a funcionarios del art. 439 CP ha quedado extendida al deber de «intervenir» de éste en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, aprovechando esta circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación en tales negocios o actuaciones. Ha quedado superada, por consiguiente, la anterior fórmula típica que circunscribía el ámbito del delito a aquellos supuestos en los que el funcionario debía «informar» en el curso del expediente, tras la reforma del Código Penal operada por la Ley 5/2010, de 22 de junio.

Ahora, pues, es posible que esa «intervención» del funcionario o autoridad pública consista precisamente en la producción de un acto administrativo de contenido resolutorio, arbitrario e injusto, que constituya hecho comisivo del

¹⁹⁹ La STS de 5 de abril de 2002, señala: «Resulta procedente señalar por último que en decisión no discutida en casación, en la sentencia se estima que los delitos de prevaricación administrativa y de tráfico de influencias suponen un concurso de normas (párrafo primero del Fundamento de Derecho Tercero), por lo que respecto a las conductas descritas en los apartados 1ª y 4ª de los hechos probados, que se estiman constitutivas de ambos delitos, se imponen las penas que se consideran más graves, las previstas en el artículo 404 bis a) del Código Penal de 1973, lo que supone que los delitos de prevaricación en tales apartados apreciados, quedan sin sanción individual propia».

delito de prevaricación del art. 404 CP, de tal modo que pueda darse una situación concursal entre ambos tipos penales.

La solución a este supuesto no es fácil y en nuestra opinión solo puede ofrecerse un acercamiento al caso. Se trata de bienes jurídicos altamente semejantes —sino idénticos— (la imparcialidad, el buen funcionamiento de la Administración Pública, la objetividad prevista en el art. 103 1 CE, tal y como ya se ha estudiado en este trabajo), si bien el delito de negociaciones prohibidas del art. 439 CP es más específico en cuanto a la innecesaridad de que exista una resolución arbitraria o ni siquiera ilegal. El delito de negociaciones protege, más específicamente, el valor de la imparcialidad, mientras que el delito de prevaricación administrativa arroja el principio constitucional de objetividad.

Aun así, la línea de separación es tan débil y difusa que no podrá ser más que casuística la decisión que mejor se adapte al supuesto criminoso, teniendo en cuenta que en todo caso podría hablarse de un concurso medial entre ambos delitos. El concurso de normas, siendo perfectamente posible su defensa, tiene el inconveniente que al entender absorbida el desvalor de las negociaciones por la prevaricación, éste último delito tiene menor penalidad en el vigente Código Penal, pues no está prevista pena privativa de libertad en el caso del art. 404 del Código, mientras que sí lo está (pena de seis meses a dos años) en el caso de las negociaciones prohibidas del 439 CP. Podría entonces plantearse la solución contraria, es decir, entender que las negociaciones constituyen delito especial, al estar la «intervención» del funcionario dirigida a «forzar o facilitarse» la participación en el negocio, pero en tal caso parece que la solución no acogería la integridad del desvalor producido con la conducta prevaricadora que, como sabemos, es irrelevante en el caso de las negociaciones.

Nuestra postura, por todas las razones apuntadas, y sin perjuicio del necesario perfil que la taxatividad penal exige, se inclina por la aplicación de un concurso medial, con arreglo al art. 77.3 CP²⁰⁰.

²⁰⁰ Sobre este particular, JAREÑO LEAL, A. *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Ed. Aranzadi, 2015, págs. 97 y ss. En esta obra se cita la SAP de la Barcelona, de 23 de febrero de 2000, que declara absorbido el delito de negociaciones prohibidas en el de prevaricación, solución criticada por la autora, que se muestra

13.6.- FRAUDE Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

El delito de fraude del art. 436 CP castiga al funcionario público o autoridad que interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público.

De tal modo que las notas principales del delito de fraude vienen a ser el «concierto» o acuerdo de voluntades entre funcionario y particular y la voluntad de «defraudar», es decir, la intención deliberada de engañar para obtener algún tipo de beneficio en perjuicio del patrimonio público.

En este sentido, aun manteniendo en común con el delito de prevaricación ciertas afinidades en cuanto al bien jurídico general protegido (objetividad e imparcialidad, buen funcionamiento de la Administración Pública), lo cierto es que el delito de fraude del art. 436 CP protege de un modo específico bienes distintos que la prevaricación, como son la integridad de los efectos o haberse públicos —aun cuando el tipo no requiera la producción de un efectivo perjuicio—, o ciertas actividades administrativas específicas («modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos»).

La relación concursal entre ambos delitos, por consiguiente, ha de ser ordinariamente la del concurso ideal, en su modalidad de concurso medial del art. 77.3 CP, o bien de concurso real, en caso de no cumplirse los requisitos establecidos en el Código punitivo.

Así, la STS de 4 de marzo de 2016, Ponente Sr. Giménez García, señala:

«Queda una última cuestión por resolver también alegada en la Sentencia del Tribunal Supremo número 508/2015, tantas veces citada. Nos referimos a la relación concursal entre los delitos de fraude y prevaricación y al debate de si se está ante un concurso de normas o un concurso de delitos. Sin desconocer que, en abstracto, podría estimarse la posibilidad de estar en presencia de un concurso de normas a resolver por las reglas del art. 8 del

partidaria del concurso de normas pues «el bien jurídico protegido tiene una identidad básica en ambos casos» (pág. 103).

Código Penal, en el presente caso, o de un concurso de delitos, es palmario que se está ante un concurso real de delitos.

En efecto cuando quedan espacios de impunidad que no quedan cubiertos por ninguno de los dos tipos delictivos en solitario, y en consecuencia cuando el merecimiento de pena no es proporcional a la entidad de la ilicitud penal cometida, deben sancionarse por separado ambas infracciones, y esto es lo que ocurre en el presente caso en el que no coinciden los momentos consumativos de uno y otro delito, ni tampoco coinciden los bienes jurídicos protegidos por ambos delitos.

Como se dice en la sentencia indicada, Fundamento Jurídico cuadragésimo tercero: "...El delito de fraude a la administración contiene una perspectiva dual porque alcanza también a la prevención o protección del patrimonio público que no alcanza el de prevaricación, que protege sustancialmente el respeto al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas..."».

13.7.- MALVERSACIÓN Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha modificado el delito de malversación de caudales públicos del Código Penal de 1995, por una remisión expresa del artículo 432.1 CP al nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP y del art. 432.2 CP al delito de apropiación indebida del nuevo art. 253 CP.

Siendo que el principal objeto de protección penal a través del delito de malversación es el patrimonio público, así reclamado por la doctrina²⁰¹, la reforma distingue entre la modalidad de malversación como conducta de apropiación (art. 432.2 y 3 CP, que remite al art. 253 CP que castiga la apropiación indebida) y la modalidad de malversación como conducta de administración desleal (arts. 432.1 y 3 y 433, 2º CP).

²⁰¹ Por ejemplo, DE LA MATA BARRANCO, N., *Malversación y lesión del patrimonio público: apropiación, distracción y desviación, por funcionario, de caudales públicos*, Ed. Bosch Editor, 1995, págs. 79 y ss.

De este modo, parece claro que la finalidad de protección del patrimonio público (en ambas modalidades de la malversación) no se encuentra en el ámbito de la prevaricación, por lo que habrán de darse los elementos y requisitos de uno u otro delito de un modo excluyente (concurso real) o bien en relación de medio a fin (concurso medial).

Así se refleja, por ejemplo, en la STS de 25 de noviembre de 2016, Ponente Sr. Maza Martín, que contempla un supuesto de concurso medial de prevaricación continuada y malversación continuada, al que se aplica, a efectos penológicos, la «pena de nuevo cuño» establecida por el nuevo art. 77.3 CP, para los casos de concurso medial²⁰². En esta sentencia se rechaza, igualmente, que entre ambos delitos pueda existir una relación de consunción o absorción, según el art. 8.3 CP.

²⁰² La STS citada, de 25 de noviembre de 2016, dice: «Se alega que la sentencia recurrida parte de la premisa de la existencia de un concurso medial entre el delito de fraude y la malversación; lo que según el recurrente, no es correcto. No se debe entender en estos casos que existe el citado concurso, sino aplicar el principio de absorción o consunción. Cabe precisar, dadas las alegaciones del recurrente, por un lado, que el Tribunal a quo ha aplicado el art. 8.3 CP respecto a la malversación y el delito de fraude que se le imputaban por las acusaciones. Por otro, que dicho órgano, apreciando la existencia de un concurso medial entre el delito de malversación y de prevaricación, y aplicando el art. 77 CP vigente a la fecha de los hechos, ha impuesto al recurrente la pena mínima, valorando, precisamente, la carencia de antecedentes y la lejanía de los hechos. Dicho lo anterior, las penas impuestas al recurrente deben ser rebajadas por aplicación del nuevo apartado tres del art. 77 CP».

**XIV – PREVARICACIÓN
ADMINISTRATIVA Y
DELITO CONTINUADO**

XIV - PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y DELITO CONTINUADO

Dice el art. 73 CP, en relación con las «reglas especiales para la aplicación de las penas» que, «al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas», siendo, por tanto, la regla general la del *concurso real* de delitos, en el caso de varias acciones que den lugar a varios hechos delictivos.

El art. 74.1 del Código Penal marca, sin embargo, una excepción, en el caso de la llamada «continuidad delictiva». Dice dicho precepto que:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado».

Indicaremos también que, mediante Acuerdo no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha precisado ciertos elementos sobre la aplicabilidad de art. 74.1 CP, en particular sobre determinación del abanico penológico (sobre lo que hablaremos después) y exceptuando la aplicación del precepto cuando ello pueda suponer una violación del principio constitucional *non bis in ídem*²⁰³.

²⁰³ El Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2007, señala: «El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración.»

Mucho se ha estudiado sobre el origen de la figura del delito continuado y sobre su naturaleza jurídica²⁰⁴. En suma, parece claro el origen pragmático de la institución, en tanto que habría surgido con la función de *pietatis causa*, razón que ha llevado a la doctrina más autorizada, (MUÑOZ CONDE, por ejemplo²⁰⁵) a calificar al delito continuado como «un artificio dogmático».

Sin embargo, tras la incorporación en el año 1983 (Ley de 23 de junio de 1983, de reforma parcial y urgente del Código Penal) del art. 69 bis CP, la jurisprudencia no ha dudado en considerar que «el delito continuado constituye una realidad natural y no una ficción por hallar fundamento en la unidad de resolución delictiva»²⁰⁶, criterio que, con ciertos matices puramente doctrinales, ha llegado hasta nuestros días, siendo buen ejemplo de ello la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, nº 4/17, de 23 de febrero de 2017, Ponente Sra. Palacios Criado, en la que se cita literalmente que:

«Desde comienzo de los años ochenta, reiterada jurisprudencia viene manteniendo justamente lo contrario [de lo alegado por las algunas defensas]. Que el delito continuado no es una ficción, ni una entelequia, ni un expediente de política criminal para acentuar la pena, sino un ente ontológicamente y esencialmente real.»

En consecuencia, el delito continuado —con independencia de que la figura se haya construido históricamente sobre la base de un fundamento esencialmente pragmático y, por ello, artificial— es hoy una realidad jurídica, que contempla el supuesto de varias acciones delictivas homogéneas, amparadas por un mismo propósito criminal y que, por razones de política criminal, reciben un único

²⁰⁴ Sobre el delito continuado una obra de referencia es la de CANTARERO BANDRÉS, R. *Problemas Penales y Procesales del Delito Continuado*, PPU Sistema Penal, 1990.

²⁰⁵ En el prólogo de la obra anteriormente citada de CANTARERO BANDRÉS, R., pág. 12.

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1984. También, la STS de 21 de marzo de 1986 dijo que: «La figura del delito continuado, enjuiciada muy diversamente por la doctrina científica y legal, en su devenir histórico, ha venido siendo últimamente considerada como una realidad jurídica, como ente ontológico y esencialmente autónomo, traducción en el ámbito jurídico penal de una realidad natural detectable fuera de él».

castigo. Debiendo precisarse, no obstante, que hoy día la aplicación de la fórmula penológica derivada del delito continuado (art. 74.1 CP) no tiene porqué ser más benévola o perjudicial para el reo que la consideración de las distintas acciones delictivas por separado, siendo que a veces podrá ser ese el resultado y otras no, en función del tipo de delito y las circunstancias. Por tanto, el delito continuado —aun con origen en la *pietatis causa*— no constituye, en sí mismo, un mecanismo de agravación de la pena ni, tampoco, de disminución de la misma.

La STS de 25 de noviembre de 2016, Ponente, Sr. Maza Martín, sobre los requisitos del delito continuado, señala:

«En efecto, de acuerdo con una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (STS 625/2015, de 22 de diciembre, con cita de otras muchas) para apreciar la continuidad delictiva, será necesario: a) pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; b) identidad de sujeto activo; c) elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; d) homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; y f) una cierta conexidad espacio-temporal.».

En el caso particular, objeto de este trabajo, del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, no son para nada infrecuentes los supuestos en que el funcionario público o autoridad, sujeto activo del delito, dicta una serie de resoluciones consecutivas o sucesivas en el tiempo que han de ser necesariamente analizadas desde la perspectiva de su continuidad delictiva, pues son diversos los matices a considerar en estos casos.

En primer término, conviene precisar que es requisito indispensable del delito continuado la existencia de una pluralidad de acciones constitutivas de infracción penal que sean homogéneas (preceptos «de igual o semejante naturaleza», dice el Código Penal). Dejando de un lado, inicialmente, que se trate de delitos distintos (por ejemplo, prevaricación y usurpación de funciones) en concurso de normas, el caso más frecuente sería el de haberse dictado varias resoluciones prevaricadoras, con igual finalidad arbitraria o caprichosa, en uno o varios expedientes administrativos ligados por relación de objeto y finalidad. Así,

por ejemplo, el dictado de resoluciones de aprobación de instrumentos de planificación y gestión urbanística (cuyo trámite es complejo), de aprobación de certificaciones sucesivas de obras públicas, de libramiento económico del importe de subvenciones, y un largo supuesto de hechos administrativos comunes, ordinariamente producidos en la praxis administrativa o funcionarial.

En estos casos, en los que existe una sucesión de actos prevaricadores unidos por una misma finalidad criminal, ligados por unidad de propósito y dolo (sin «dolo renovado», como describe la doctrina para expresar la ruptura del curso unitario de las decisiones), integrados los actos en el mismo programa criminoso o con el mismo «fundamento psicodinámico», sería en aquéllos que podríamos hablar de delito de prevaricación continuada, conforme al art. 74.1 CP.

El problema interpretativo viene a plantearse en los supuestos en que es muy difícil discernir si nos encontramos ante actos administrativos parciales, pero integrantes a efectos penales en una decisión única, o ante verdaderos actos resolutorios, unitarios y continuados, que permitan calificarlos como delito continuado con arreglo al Código Penal.

El matiz es importantísimo, pues el delito continuado no puede constituir en un hecho único, y los efectos desde el punto de vista punitivo, obviamente también. El origen de este problema interpretativo no es otro que el complejo mundo del Derecho Administrativo, donde la diversidad de procedimientos especiales, la multiplicidad de normas aplicables, de trámites, de órganos intervinientes, etc., suele ser el caso habitual.

Es, precisamente, el caso que contemplan las STS de 30 de julio de 2014 y de 16 de junio de 2016, ambas con el mismo Ponente, Sr. Saavedra Ruíz. En estas Sentencias, el Tribunal Supremo, en suma, viene a descartar la continuidad delictiva en casos de prevaricación y falsedad documental, respectivamente, aun cuando los actos resolutorios fueron múltiples, bajo la premisa de que los mismos no serían otra cosa que la manifestación plural, sucesiva e ininterrumpida de un designio y propósito que perseguía una misma finalidad. Se trataría de fases criminales no interrumpidas, de un solo delito, una única actuación delictiva en distintos actos o fases ulteriores, continuas y enlazadas, excluyéndose, pues, la continuidad delictiva, sencillamente por entenderse que no se da el requisito del art. 74.1 CP de que existan varios hechos delictivos.

Dice la STS de 30 de julio de 2014:

«Es el caso que contemplamos, es cierto que cada decreto de contenido arbitrario constituiría a estos efectos el tipo de injusto de prevaricación por sí solo, sin embargo, desde una perspectiva social y normativa es evidente que todos ellos constituyen la ejecución del mismo plan desarrollado por el autor y forman parte del mismo injusto, que ya hemos relatado más arriba: utilizar como cobertura una apariencia para adjudicar las obras es el núcleo normativo de un único tipo de injusto que se desarrolla sucesivamente con el objetivo de mantener la situación inicial. El delito continuado sería el resultado de integrar varias unidades típicas de acción en el sentido de que cada una de ellas respondiese a injustos distintos obedeciendo a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión (artículo 74 CP), admitiéndose entonces la unidad jurídica bajo la calificación del delito continuado, pero ello no es el caso presente».

Y la STS de 16 de junio de 2016, remarca:

«La STS 486/2012 , anteriormente la 813/2009 , así como posteriormente, aunque no se trataba de delitos de falsedad sino de prevaricación administrativa, la 597/2014 , y más recientemente la 545/2015 , entre otras, se ocupa extensamente de esta cuestión en su fundamento jurídico segundo, apartado 2, exponiendo: «La jurisprudencia de esta Sala ha aplicado en numerosos precedentes el concepto de unidad natural de acción para apreciar un único delito de falsedad documental en los casos en que se elaboran varios documentos falsos en un mismo acto, esto es, con unidad espacial y una estrecha inmediatez temporal, y actuando además con un mismo objetivo (SSTS 705/1999, de 7-5 ; 1937/2001, de 26-10 ; 670/2001, de 19-4 ; 867/2002, de 29 de julio ; 885/2003, de 13-VI ; 1047/2003, de 16-VII ; 1024/2004, de 24-9 ; 521/2006, de 11-5 ; 1266/2006, de 20-12 ; 171/2009, de 24-2 ; 813/2009, de 7-7 ; 279/2010, de 22-3 ; y 671/2011, de 20-6). En esas resoluciones se afirma que concurre una "unidad natural de acción" en las conductas falsarias que, persiguiendo un único designio dirigido a un solo objetivo, se lleva a cabo en "unidad de acto". Aunque la acción falsaria se concrete en varios documentos es tan solo porque se da la circunstancia de que los diferentes efectos objeto de valoración vienen incorporados a varios

instrumentos documentales, pero siendo una conducta del todo equivalente a la que se hubiera producido alterando las diferentes cifras si las mismas estuvieran contenidas en una sola relación. Lo determinante -dice esa jurisprudencia- es discernir si los actos falsarios se realizaron en una sola ocasión o en fechas o momentos y lugares diversos. La realización de la conducta delictiva en un momento o fase criminal determinada no interrumpida constituye un solo delito. Han de entenderse, pues, en esos casos realizadas materialmente todas las manipulaciones falsarias en un solo acto, comprensivo de una única actuación delictiva evidenciadora de la voluntad del agente, por más que deba después proyectarse la ejecución de ese propósito inicial en distintos actos o fases ulteriores. Es cierto que los criterios expuestos coexisten con una segunda línea jurisprudencial en la que se da prioridad al criterio normativo de acción del art. 74 del C. Penal sobre el naturalístico, según la cual el hecho de que se confeccionen en un mismo contexto espacio-temporal varios documentos falsos obliga a subsumir los hechos en la figura del delito continuado. Para ello se tiene en cuenta fundamentalmente el precepto infringido y el bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualesquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción para que se produzca en el mundo real (SSTS 348/2004, de 18-3 ; 1277/2005, de 1011 ; 566/2006, de 9-5 ; 291/2008, de 12-5 , y 365/2009, de 16-4). Para clarificar la cuestión quizá convenga advertir que tanto en la unidad natural de acción como en el delito continuado concurren una pluralidad de hechos desde una perspectiva ontológica o fenomenológica. Lo que sucede es que en el primer caso los hechos albergan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una perspectiva normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal. En cambio, en los casos en que no se da esa estrecha vinculación espacio-temporal propia de las conductas que se ejecutan en un solo momento u ocasión, sino que se aprecia cierto distanciamiento espacial y temporal, no puede hablarse de una unidad natural de acción sino de distintos episodios fácticos insertables en la figura del delito continuado. De modo que cuando los diferentes actos naturales no presentan la inmediatez y proximidad propias de la unidad natural de acción

subsumible en un solo tipo penal, pero tampoco alcanzan la autonomía fáctica propia del concurso de delitos, ha de acudirse a la figura intermedia del delito continuado. Tanto en la unidad natural de acción como en el delito continuado se opera con criterios normativos, toda vez que ontológica o naturalísticamente se da en ambos casos una pluralidad de actos en sentido natural. Lo que sucede es que en el primer supuesto la densidad de la normativización es menor al operar los distintos actos con una mayor estrechez y vinculación espacio-temporal, circunstancia que propicia la aplicación de un solo tipo penal más liviano, excluyéndose la modalidad más grave del delito continuado, en la que se incrementa el grado de ilicitud de la conducta y la punición de la norma debido a la menor unicidad naturalística de los actos ejecutados por el autor y a la intensificación del dolo. Por otra parte, conviene sopesar que la modalidad de la unidad natural de acción se aplica también con cierta asiduidad en los delitos contra la libertad sexual. Pues esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que en el caso de que concurren varias penetraciones y agresiones sexuales, cuando el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal por ser todo ello realizado en el seno de una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay una pluralidad de acciones, sino una sola, según el concepto de la unidad natural de acción que ahora prevalece en la doctrina. No cabe hablar, por tanto, cuando se dan tales presupuestos ni de pluralidad de delitos ni tampoco de delito continuado, sino de un solo delito que absorbe o consume en tal caso la infracción penal más grave a la más leve; de modo que es la unidad típica y no la continuidad delictiva la determinante de la calificación de los hechos (SSTS 1302/2006, de 18-12 ; 42/2007, de 16-1 ; 667/2008, de 5-11 ; y 398/2010, de 19-4 , entre otras). Así las cosas, sería una contradicción que se aplicara la unidad natural de acción en delitos que tutelan bienes jurídicos claramente personales, como es el caso de los delitos contra la libertad sexual, y que nos mostráramos en cambio más restrictivos o remisos a aplicarla en los delitos de falsedad, delitos en los que se tutelan bienes jurídicos más bien de índole material y desligados por tanto de los valores personales de las víctimas, ya que en ellos se protege fundamentalmente la seguridad y la confianza en el tráfico jurídico>>. Más adelante se refiere la sentencia que hemos acotado, a modo de conclusión, a

que "debe apreciarse una unidad natural de acción, concepto que se vale de un criterio normativo para unificar en un solo acto lo que, desde una perspectiva puramente naturalista o fenomenológica, es plural; pluralidad que se diluye cuando los actos se someten a criterios valorativos aplicables en un determinado contexto con arreglo a las concepciones sociales de la vida. El criterio del bien jurídico no debe en este caso excluir la unidad natural de acción, ya que el delito de falsedad, tal como se anticipó, no tutela un bien jurídico personalísimo. Además, la relevancia que puede tener la pluralidad de actos y su repercusión en el menoscabo del bien jurídico siempre podría aquilatarse a través de la cuantificación de la pena atendiendo al canon de la gravedad del hecho. De todos modos, en el presente caso el bien jurídico se halla suficientemente tutelado acudiendo a la apreciación de un único delito dado que el tipo del art. 390 tiene asignada una pena mínima de nada menos que tres años de prisión para castigar un delito de falsedad". En la sentencia mencionada 597/2014, se trataba de un Alcalde que dicta sucesivos Decretos para levantar los correspondientes reparos pudiendo calificarse cada uno de ellos como delito de prevaricación administrativa, decíamos: <<una cosa es que se dictasen sucesivos Decretos para levantar los correspondientes reparos y otra distinta que cada uno de ellos constituya una unidad típica de acción cuyo resultado permita construir la unidad jurídica en que consiste el delito continuado, según el Ministerio Fiscal. Nuestra reciente jurisprudencia (STS 487/2014 o anteriormente STS 486/2012) advierte que es preciso deslindar la unidad de acción en sentido natural, la unidad natural de acción, la unidad típica de acción y el delito continuado, de forma que concurrirá una unidad típica de acción cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal, es decir, cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal (tráfico de drogas, delitos contra el medio ambiente o de intrusismo), de forma que varios actos que contemplados aisladamente colman las exigencias de un tipo de injusto se valoran por el derecho desde un punto de vista unitario. Es el caso que contemplamos, es cierto que cada decreto de contenido arbitrario constituiría a estos efectos el tipo de injusto de prevaricación por sí solo, sin embargo, desde una perspectiva social y normativa es evidente que todos ellos constituyen la ejecución del mismo

plan desarrollado por el autor y forman parte del mismo injusto, que ya hemos relatado más arriba: utilizar como cobertura una apariencia para adjudicar las obras es el núcleo normativo de un único tipo de injusto que se desarrolla sucesivamente con el objetivo de mantener la situación inicial. El delito continuado sería el resultado de integrar varias unidades típicas de acción en el sentido de que cada una de ellas respondiese a injustos distintos obedeciendo a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión (artículo 74 CP), admitiéndose entonces la unidad jurídica bajo la calificación del delito continuado, pero ello no es el caso presente>>. En el actual existe desde luego un plan trazado y un designio único que consiste en obtener una subvención para con su importe satisfacer otros trabajos desarrollados en interés municipal y para ello se libran distintas órdenes de pago con cargo a aquélla, lo que generó la necesidad de elaborar una certificación, falsa, de terminación de las obras subvencionadas que debían haberse realizado. Ello a su vez determina la presentación de un segundo proyecto distinto pero análogo al primero con el objeto de realizar las obras no ejecutadas por haber invertido los fondos en otras distintas, el que efectivamente se llevó a cabo con cargo a la segunda subvención. Pues bien, si la falsedad documental se atribuye por la acusación al libramiento de las órdenes de pago ya mencionadas en el apartado anterior, lo cierto es que no hay obstáculo para entender aplicable también en este caso la doctrina de la unidad natural de acción, como en el supuesto de la STS 597/2014, pues todo ello no es otra cosa que la manifestación plural, sucesiva e ininterrumpida de un designio y propósito que perseguía una misma finalidad, es decir, como decíamos en la STS 486/2012 citada, la realización de una conducta delictiva en un momento o fase criminal determinada no interrumpida ha de entenderse que constituye un solo delito, cuando concurre sin solución de continuidad, pues en estos casos se da "una única actuación delictiva evidenciadora de la voluntad del agente, por más que deba después proyectarse la ejecución de ese propósito inicial en distintos actos o fases ulteriores". Normativamente se trata de una misma falsificación desarrollada en distintas fases continuas y enlazadas. Lo anterior no contradice el hecho probado cuando en su apartado B) sienta sin concreción alguna que "las subvenciones, se aplicaron al pago de nóminas por trabajos en otras obras del

municipio", sin especificar ni el tiempo ni el número, y en el apartado D) refiere "emitiéndose igualmente tanto por el Alcalde y el Arquitecto Municipal ... las correspondientes órdenes de pago y certificaciones de inicio, parciales y final de obra, que esta vez, sí fueron ejecutadas", sin ninguna concreción relativa a los trabajos ya realizados con cargo a la primera subvención. La agregación de hechos perjudiciales para el acusado en el "factum" extraídos de los fundamentos de derecho o de razonamientos de la acusación, por muy lógicos que sean, está proscrita por la jurisprudencia de esta Sala. La vía casacional adecuada sería el 849.2 LECrim o la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación. Por lo tanto, el motivo se estima parcialmente, excluyendo la continuidad del delito de falsificación documental ex artículo 390.1.4 CP».

Por consiguiente, y como corolario, es igualmente importante determinar la existencia real de diversos actos o resoluciones (para que en puridad pueda hablarse de delito continuado) o, por el contrario, con arreglo a los criterios citados, estemos realmente ante acciones parciales pero integrante de un solo acto a efectos penales.

Destacable es también el análisis para determinar si es posible hablar de un delito continuado en el caso de la prevaricación por omisión. Para que así sea, en nuestra opinión, ha de darse de modo inequívoco el requisito de la *pluralidad de acciones o conductas omisivas* (además del resto de los requisitos del delito continuado, como es el plan preconcebido, dolo unitario, etc.) pues en otro caso estaríamos ante una simple omisión cuyos efectos se despliegan de un modo permanente o sin solución de continuidad, pero en el marco de un ilícito penal unitario y no en continuidad delictiva, por faltar, precisamente, la pluralidad de conductas.

Este es el caso examinado en la STS de 22 de abril de 2015, Ponente Sr. Giménez García, sobre un supuesto de prevaricación omisiva. Aborda la Sentencia la posible continuidad del delito, rechazándola en los siguientes términos:

«En este aspecto, procede la estimación de la denuncia, ya que el delito de prevaricación por omisión ser vertebra, por definición, por una plural inactividad, de suerte que el delito se integra por una pluralidad de

omisiones, por lo que se deberá efectuar la oportuna corrección jurídica en la segunda sentencia con trascendencia en el quantum de la pena a imponer, lo que allí se acordará».

Sin embargo, aunque se trate de un supuesto complejo (omisiones prevaricadoras independientes) entendemos que conceptualmente son perfectamente posibles, siempre que se den los requisitos exigidos por el art. 74.1 CP, ya comentados, dándose omisiones prevaricadoras unidas por una misma finalidad criminal, ligadas por unidad de propósito y dolo (sin «dolo renovado»), integradas las omisiones en el mismo programa criminoso o con el mismo «fundamento psicodinámico».

Por otro lado, tal y como establece el art. 74.1 CP, no es necesaria la unidad de tipos penales (preceptos «de igual o semejante naturaleza», dice el Código Penal), siempre y cuando los delitos sean homogéneos, reconducibles al mismo bien jurídico protegido²⁰⁷ y sea concursalmente posible su absorción en alguno de los tipos (concurso de normas), pues de otro modo procedería su punición con arreglo a otras modalidades concursales.

14.1.- DELITO CONTINUADO Y PRESCRIPCIÓN

En cuanto al *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción, tal y como expresamente dice el art. 132.1 CP: «en los casos de delito continuado, tales términos [plazos prescriptivos previstos en el art. 131 CP] se computarán desde el día en que se realizó la última infracción».

Ahora bien, tal y como indicamos con anterioridad, debe diferenciarse del delito continuado (varias acciones), aquél que se considere unitario pese a no realizarse en unidad de acto, con «fases continuas y enlazadas», exponente del cual son las STS de 30 de julio de 2014 y 16 de junio de 2016, Ponente en ambas Sr. Saavedra Ruíz. En estos casos, frecuentes en el delito de prevaricación, resultará difícil precisar el día inicial del cómputo del plazo prescriptivo, pues de entenderse, con simplicidad, que será aquél en que se hubiere llevado a cabo la última fase o *iter* procedimental, podrían darse situaciones absolutamente

²⁰⁷ «Unidad de injusto del resultado» o *Gleichartigkeit*, en el término utilizado por la jurisprudencia alemana.

insatisfactorias desde el punto de vista de la certeza y seguridad jurídicas, pilar del instituto de la prescripción extintiva, pues no son raros los casos en que una resolución administrativa (considerada en hipótesis como prevaricadora) tenga efectos subyacentes en una multiplicidad de actos o resoluciones posteriores, de la que puede erigirse en su presupuesto y que, de acogerse la tesis de que el *dies a quo* viniera referido a tales efectos, o a la cesación de los mismos, el plazo prescriptivo se convertiría en infranqueable e ilusorio. Típico ejemplo de ello serían los actos sucesivos en materia de planeamiento y gestión urbanística, que engloban sucesivos actos temporales, siendo unos presupuestos de los otros; o incluso en el ámbito de la contratación administrativa, donde ocurriría lo mismo; siendo complicado acreditar que toda esa «cadena»²⁰⁸, que habitualmente dura varios años, forme parte de un mismo plan preconcebido, tal y como se exige a la continuidad criminal.

Respecto a la determinación del plazo en sí, hay que estar al Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2010, que fijó el criterio que debe adoptarse para el cómputo de la prescripción de un delito que contenga en su descripción un tipo básico y otro subtipo agravado (caso de la continuidad delictiva), declarándose que «no se tomarán en consideración las calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador», por lo que habrá de estarse a la efectiva penalidad que hubiera sido considerada por el Tribunal.

14.2.- COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO CONTINUADO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

En el tipo de prevaricación administrativa, como delito especial, la autoría (o coautoría) directa está reservada a ciertos sujetos que tengan la condición de autoridad o funcionario público y, al tiempo, tengan facultades resolutorias sobre

²⁰⁸ Así, muy gráficamente, se ha denominado por la doctrina al proceso de desarrollo urbanístico como un fenómeno de «motorización del derecho de propiedad», haciendo con ello referencia a los sucesivos actos secuenciales que culminan en la obtención de la licencia de obras, como fase final de intervención administrativa en la actividad privada de uso y edificación del suelo.

el asunto administrativo que se trate. Cualquier otro sujeto no podrá ser autor directo de este delito, aunque sí participe, en calidad de inductor, cooperador o cómplice, caso en el que dicho sujeto se considera un *extraño* o *extranei*.

Como quiera que nos referimos ahora al delito continuado cometido por varias personas, como autores o partícipes, resulta claro que puede perfectamente darse el supuesto en que cada uno de los responsables sea autor o partícipe de una o varias de las acciones en que el delito continuado consiste. Así, podrá tener lugar el delito de prevaricación administrativa cometido por uno o varios funcionarios públicos *extraneus* —al carecer de facultades resolutorias, pero habiendo informado o participado en los trámites del procedimiento administrativo preparatorio de la resolución—, por un sujeto no funcionario — como inductor, por ejemplo— y también por la autoridad que finalmente dicta la resolución prevaricadora.

En estos casos, por lo demás, muy frecuentes, como consecuencia del principio de culpabilidad, para cada uno de los intervinientes deberá quedar perfectamente individualizado su grado de participación en los hechos delictivos, naturalmente; cuál fue la participación de cada cual en cada uno acto de los que componen la cadena de continuidad delictiva; y cuáles son las causas, agravantes o atenuantes, aplicables a cada sujeto, identificables respecto de cada uno de los actos²⁰⁹, a fin de lograr una adecuada cuantificación penológica. Incluso parece claro que unos puedan haber incurrido en delito continuado y otros no, con la repercusión que ello supone para el *quantum* de la pena.

En suma, nos encontramos ante una serie de posibilidades que requerirán con seguridad una adecuada motivación en la sentencia que se haya de dictar, pues el ámbito de discrecionalidad para el Tribunal es muy considerable.

No se trata tampoco de una cuestión pacífica, pues algún sector de la doctrina²¹⁰ considera que las circunstancias atenuantes y agravantes en todo caso deberían ser consideradas no respecto a los delitos individualmente considerados, sino al conjunto o conglomerado que supone el delito continuado.

²⁰⁹ O, incluso, delitos que hubieran ser agrupados en continuidad delictiva.

²¹⁰ PROTO, E. *Sulla natura giuridica del reato continuo*, Priulla, 1950.

**XV – PREVARICACIÓN
ADMINISTRATIVA Y
ÓRGANOS COLEGIADOS**

XV - PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y ÓRGANOS COLEGIADOS

El delito de prevaricación administrativa es un delito especial «de deber»²¹¹, siendo requisito de tipicidad objetiva que su autor tenga la condición de funcionario o autoridad pública, con arreglo a la definición establecida por el Código Penal.

El art. 24 del Código establece que a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia.

En todo caso, como ya examinamos, ambas figuras deben entenderse de un modo muy amplio, incluyendo a sujetos y situaciones muy dispares, siendo lo relevante que los mismos ejerzan mando o jurisdicción. El elemento esencial es la situación material de dominio de la función pública, con independencia de la titularidad del cargo, la situación administrativa u otras posiciones, tal como la pertenencia a un órgano colegiado. Así, como ha señalado VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, las fórmulas que integran el concepto jurídico-penal de funcionario público son «categorías dúctiles»²¹² que deben ser en todo caso objeto de adecuada interpretación.

Situada así la cuestión, abordamos ahora el análisis de aquellas situaciones en que la incriminación por el delito de prevaricación administrativa puede venir determinada por haberse dictado la resolución administrativa por un órgano de naturaleza colegiada, siendo de gran importancia disponer de criterios o elementos de juicio que permitan realizar dicha incriminación a unas u otras personas o, según los casos, a una parte o a la totalidad de los integrantes del órgano colegiado autor del acto administrativo.

²¹¹ ROBLES PLANAS, R., Ob. Cit.

²¹² VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*. INAP y Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pág. 341.

Las cuestiones fundamentales que surgen, de entrada, a la hora de considerar esta cuestión son: (1) si existe un criterio diferente o añadido, más bien, en estos casos, distinto de la pura aplicación del principio de culpabilidad; (2) el juego de la llamada *posición de garante*, como criterio determinante de la autoría, en ciertos casos, debiendo analizarse si éste es uno de ellos; (3) el encaje e interpretación combinada de los principios penales y de las normas administrativas en materia de formación de la voluntad y funcionamiento de los órganos colegiados.

15.1.- LOS ÓRGANOS COLEGIADOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En consideración a su elemento subjetivo, es decir, a la persona o personas titulares del órgano administrativo, en general se distingue entre órganos unipersonales o individuales y colectivos o colegiados²¹³. Los órganos colegiados tienen como cualidad esencial que, en su seno, son varias personas las que, de forma simultánea y en un plano de igualdad (aunque con ciertas excepciones²¹⁴) ejercen las funciones encomendadas al órgano que se trate. Este dato ya nos ofrece cierta orientación sobre la cuestión que nos ocupa, pues esta posición de igualdad formal de todos los miembros de un órgano colectivo nos induce a pensar que la responsabilidad derivada de sus actos ha de ser, *a priori*, atribuida por igual.

Como señala el profesor ENTRENA CUESTA, esta *horizontalidad*²¹⁵ de sus miembros hace necesaria una regulación sobre la organización y el

²¹³ ENTRENA CUESTA, R. *Curso de Derecho Administrativo. Organización Administrativa*. Tecnos, 1983, pág. 49 y ss.

²¹⁴ Caso de la existencia de votos de calidad del presidente, u otras fórmulas que puedan ser previstas *ad hoc* por la norma creadora del órgano.

²¹⁵ También, en el ámbito del Derecho Penal, TIEDEMANN, hace referencia a ese *plano horizontal* de intervención conjunta de varias personas en el hecho, pero con una relación de independencia funcional entre los intervinientes, diferenciando así el supuesto de la intervención *en el plano vertical*, donde la punición de los comportamientos se determina en virtud de si el hecho ejecutado por un sujeto es imputado también a su superior. TIEDEMANN, K., *La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal europeo*.

funcionamiento de los órganos colectivos que hoy se encuentra en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), concretamente en sus arts. 15 al 22, ambos inclusive. Preceptos que se corresponden con los anteriores 22 a 27 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si bien son destacables ciertos cambios operados por la Ley 40/2015²¹⁶, tales como la supresión de la regulación de la figura del «Presidente» del órgano, a resultas de la normativa reguladora y en función de la Administración Pública a la que el órgano pertenezca, así como la diferente atribución de competencias al «Secretario» del órgano, ahora con fundamentales facultades para «velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del órgano colegiado», previsión anteriormente inexistente.

Con aparente respeto de los principios constitucionales de distribución de competencias, la LRJSP sí prevé que al «presidente» de los órganos colegiados dependientes de la Administración General del Estado también corresponde «velar por el cumplimiento de las Leyes» (art. 19.2, apdo. e), si bien con el empleo de una terminología no tan taxativa como en el caso del «secretario» del órgano, sutileza que bien pudiera tener sus consecuencias penales.

De gran importancia resulta también el art. 17 LRJSP, sobre el régimen de convocatorias y sesiones, destacando la previsión del apartado 6 del mismo art. 17, al señalar expresamente que «cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos», expresión que habrá de analizarse a efectos jurídico penales. Igualmente, el art. 19.3, c), LRJSP, en el caso de la

Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo. Revista Penal, nº 5, 1999, pág. 91.

²¹⁶ El Título Preliminar de la Ley 40/2015, según destaca su Exposición de Motivos, «regula pormenorizadamente el régimen de los órganos administrativos, tomando como base la normativa hasta ahora vigente contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la que se incorporan ciertas novedades (...). Se completan las previsiones sobre los órganos de la Administración consultiva y se mejora la regulación de los órganos colegiados...»

Administración del Estado, señala que «los miembros del órgano colegiado deberán ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican». En todo caso, «en el acta figurará, a solicitud de los respectivos miembros del órgano, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable», lo que evidencia la importancia de este documento público y su trascendencia a efectos probatorios.

Sobre esta misma cuestión de la responsabilidad personal derivada de actos colegiales, según el sentido del voto, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), señala en su art. 78 que:

«1. 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.

2. Son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente.»

Norma que, siendo un tanto más precisa y específica, viene a coincidir con la Ley 40/2015 en un dato fundamental, según nuestra visión, que es la exclusión de la responsabilidad penal en caso de abstención o voto en contra.

Finalmente, la normativa urbanística autonómica (anteriormente, la normativa estatal en materia de urbanismo²¹⁷) suele incluir una previsión en el mismo sentido, relativa a la responsabilidad derivada de infracciones urbanísticas. Así, por ejemplo, el art. 282.1, b), de la Ley 13/2015, de Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia dice:

²¹⁷ La STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró inconstitucional gran parte del articulado del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, declarando la imposibilidad de que el Estado dicte legislación supletoria en materia cuya competencia esté constitucionalmente atribuida a las Comunidades Autónomas. Hasta entonces, el mismo Texto Refundido estatal contuvo la previsión sobre la responsabilidad de miembros de órganos colegiados que hubiesen votado en contra de actos de naturaleza urbanística (art. 264 TRLS92).

«De las infracciones urbanísticas serán responsables: (...) b) Los que hubieren dispuesto o acordado actos administrativos que supongan infracción de la legalidad urbanística, sin los preceptivos informes previos técnico y jurídico o cuando alguno de ellos fuera desfavorable. En su caso serán responsables los técnicos al servicio de la Administración que hubieren informado favorablemente y los miembros de la corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de la licencia sin los citados informes o cuando estos fueran desfavorables».

Y en el mismo sentido se pronuncian todas las Leyes que en materia urbanística han sido dictadas por las Comunidades Autónomas españolas.

En resumen, de la regulación del régimen jurídico y funcionamiento de los órganos colegiados se derivan ciertos elementos de gran interés, a efectos penales:

–En principio, la responsabilidad —penal— puede ser atribuida por igual a todos los miembros integrantes de un órgano colegiado, por el hecho de no abstenerse o no votar en contra del acto o resolución prevaricadora.

–La responsabilidad del secretario del órgano colegiado ha sido configurada de un modo esencial, al atribuirle la ley 40/2015 la función de «velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del órgano colegiado».

–El acta de las sesiones se erige en un documento público esencial, a efectos probatorios pues, sea cual sea el sentido del voto, en el mismo es donde deben constar los motivos que lo justifiquen.

–El apartamiento de los informes técnicos o jurídicos o, incluso, el voto favorable emitido sin haberse evacuado alguno de los mismos, siendo preceptivo, puede constituir un elemento clave de incriminación del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP.

15.2.- ÓRGANOS COLEGIADOS, PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y POSICIÓN DE GARANTE.

Con facilidad puede adivinarse que resulta de capital importancia discernir sobre el modo de resolver el problema relativo a cuáles deben ser los criterios de imputación en el caso de acuerdos adoptados por un órgano colegiado o, más

concretamente, si esos criterios deben estar basados en el respeto estricto al principio de culpabilidad, como pilar fundamental de nuestro sistema de Derecho Penal.

Tal y como cuenta JAKOBS²¹⁸, «ya el primer caso conocido en la historia de la Humanidad de un quebrantamiento de una norma, trasluce un problema de imputación objetiva». Se refiere el brillante profesor de la Universidad de Bonn al relato del Génesis (capítulo 3) sobre la manzana prohibida. Adán, cuando se le pidieron explicaciones —dice JAKOBS—, ya declaró en una mezcla de relato y defensa: «La mujer que me diste por compañera me dio del árbol, y yo comí».

La respuesta habitual, en términos de defensa, de un miembro de un órgano colegiado igualmente sería la de imputar la desviación a *otro/s miembro* del órgano, que desempeñaría unas tareas más específicas, relacionadas con el objeto del acuerdo o resolución presuntamente delictiva. Pero de aceptarse dicha teoría, puramente naturalística, cabría preguntarse en qué consiste o cual es el concreto rol desempeñado en los órganos colectivos, en los que, efectivamente, suele existir una división del trabajo por áreas o materias sobre las que cada miembro es responsable último. La cuestión se acentúa en el caso del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, que exige un comportamiento doloso, caprichoso y directamente dirigido a producir el resultado injusto. Los requisitos subjetivos del tipo parecen excluir una responsabilidad objetiva en función del rol en la organización; más aún, si todos los sujetos pertenecientes al órgano colegiado se hubieren comportado «conforme al rol» el resultado delictivo únicamente podría explicarse «como una desgracia» (JAKOBS), lo cual no deja de ser una interpretación que nos conduce al absurdo.

Debemos encontrar, por tanto, un título de imputación válido que resuelva los problemas que apuntamos. Una tercera vía, si se prefiere. Coincidimos con JAKOBS en que la potestad de autoorganización de la Administración conlleva una contrapartida lógica, que es el efectivo aseguramiento de la actividad desplegada con ocasión de la peculiar organización adoptada. Dicho de un modo más simple, ningún órgano colegiado puede servir de «pantalla» para eludir/diluir la responsabilidad penal que se derive de sus actos. Obsérvese, sin embargo, como la normativa administrativa citada *supra* (LRJSP) parece dirigida en sentido

²¹⁸ JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, 1999, pág. 89.

opuesto, al acentuar convenientemente la responsabilidad de ciertos cargos del órgano colegiado (el secretario o, más diluido, el presidente), en contraste con el resto.

Es necesario, dice JAKOBS, asegurar la propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido, pero no es menos cierto que determinar qué concreta cosa signifique este deber de aseguramiento en el caso concreto es algo que depende del respectivo estado de la organización en particular²¹⁹. La «competencia institucional» revela la existencia de un *status especial* de ciertos sujetos (cargos públicos integrantes de órganos colectivos) que por estar especialmente obligados están *inmediatamente* sujetos a un deber y, por ello, son penalmente autores si no les falta alguna otra cualificación para la autoría²²⁰.

Sentado lo anterior como planteamiento de base (negar la existencia de un *status especial* sería negar la evidencia), también resulta necesario, en nuestra visión, determinar ciertos parámetros objetivos en virtud de los cuales pueda extenderse a cada autor en particular el juicio de desvalor sobre el acto; el juicio de reproche, en definitiva, que merece el acto respecto a cada uno de sus autores, como medida de culpabilidad o como grado de participación en la *obra única* que supone el acuerdo colegiado. En este sentido cabe plantearse, inicialmente, si entendemos que la participación en la adopción de un acuerdo colectivo supone, en todo caso, un supuesto de autoría de todos sus integrantes o si, por el contrario, pese a la correalización podríamos concluir que los aportes al hecho delictivo son diferentes y como tales merecen distinto castigo.

Todos los integrantes del órgano que hubieren votado a favor, es evidente, habrán contribuido la producción del acuerdo prevaricador; pero también lo es que no tiene porqué ser iguales las aportaciones ni la integración en el compromiso delictivo. La STS de 14 de mayo de 1994, Ponente, Bacigalupo Zapater, dijo:

«El conocimiento de la operación realizada por las otras dos procesadas no implica que este recurrente hay favorecido de alguna manera

²¹⁹ JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, Ediciones Civitas, 1997, pág. 349.

²²⁰ JAKOBS, G., *Ob. cit.*, pág. 363.

la comisión del delito mediante un comportamiento activo, ya que no consta que haya tomado parte en las negociaciones previas a la celebración del contrato. Tampoco es posible sostener que tuviera codominio del hecho, es decir, que su contribución al hecho hubiera tenido tanta importancia que el delito no se hubiera podido llevar a cabo. La coautoría está, de todos modos, excluida por la sencilla razón de que esta procesada no tomó parte directa en la fase ejecutoria del hecho».

Aquel funcionario o autoridad que ha realizado el hecho típico, dictando la resolución en virtud de su participación en un órgano colegiado puede, en nuestra opinión, ser cooperador o cómplice pues con ello no ha realizado íntegramente la acción típica, que se compone de más cosas que el puro dictado en la vertiente subjetiva del tipo. Lo importante para caracterizar la autoría y la coautoría, en perjuicio de la cooperación o la complicidad, es cómo se ha estructurado el proceso delictivo, dirigiéndolo a la producción del resultado típico. El acuerdo previo (*pactum scaeleris*), la importancia objetiva de la contribución y el dominio del hecho²²¹ delictivo deben ser convenientemente analizados al calificar el grado de participación, debiendo ponderarse dicha importancia, so pena de incurrir en un grado de inseguridad insoportable desde el punto de vista de la culpabilidad. E importante resulta, en el caso de los órganos colegiados a que nos referimos, tener en cuenta que el dominio funcional del hecho vendrá dado, en ocasiones, por la acción de «no haber evitado o tratado de aminorar, como barrera de contención, el riesgo determinante del resultado», tal y como señala la STS de 7 de junio de 1993, Ponente Montero Fernández-Cid.

En el caso que estudiamos, de actos prevaricadores dictados por órganos colegiados, parece clara la insuficiencia del nexo psíquico que une la voluntad de los sujetos integrantes del órgano, con el acto realizado. De utilizarse este único criterio psicológico puro, la insuficiencia de la respuesta penal estaría asegurada. Es necesario, pues, ensanchar el concepto de culpabilidad para que comprenda la

²²¹ ROXIN ha señalado con acierto como la teoría del dominio del hecho no puede ser, por sí sola, concluyente, pues el concepto «no tiene límites precisos y fijos, de modo que no cabe una definición rígida, siendo un concepto abierto». ROXIN, C., *Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal*, Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Homenaje a Luis Jiménez de Asúa, 1970, pág. 61.

imputabilidad y las circunstancias en la que la acción se realiza, adentrándonos en la concepción normativa de la culpabilidad, más compleja, que acentúa la reprochabilidad en el hecho y no solo en la actitud interna, que en el caso de actos colegiados viene a ser de casi imposible deslinde y demostración empírica.

No se trataría, ni mucho menos, de prescindir totalmente de la culpabilidad como elemento del delito y como fundamento de la medida de la pena. El principio de culpabilidad, como señaló CEREZO MIR, «desempeña una función esencial no sólo como límite de la medida de la pena, sino en la exclusión de la responsabilidad. La culpabilidad aparece, pues, al menos, como uno de los fundamentos de la pena»²²². Por ello, y estando conformes con el razonamiento de SAINZ CANTERO sobre la «casi imposibilidad de demostración científica de la posibilidad de actuar de otro modo en el caso concreto»²²³, creemos que tal afirmación es acertada sólo desde una perspectiva psíquica o naturalística, siendo, no obstante, posible la determinación de ciertos parámetros objetivos de *actitud esperada* por la sociedad en el adecuado funcionamiento de las instituciones que, determinados en cada caso particular, puedan ofrecernos una solución a la difícil disyuntiva que se nos plantea desde el plano teórico y dogmático, sin que con ello hagamos un puro ejercicio de topología jurídica o logomaquia penal sin sentido.

Dado que la subjetividad en el ser humano no le es accesible a otro de modo directo (JAKOBS) es necesario construir un patrón de comportamiento estándar, que pueda servir de parámetro de contraste con las circunstancias específicas del caso.

El delito de prevaricación administrativa resulta especialmente difícil de encajar, aun mínimamente, entre los márgenes del concepto normativo de culpabilidad, más aún en términos de imputación objetivo o en el marco de las nuevas teorías funcionales del delito. En la prevaricación se exige dolo directo y este es el aspecto clave. La participación en decisiones colectivas exigirá, por

²²² CEREZO MIR, J. *Culpabilidad y pena*, Problemas fundamentales del Derecho Penal, 1982, pág. 194.

²²³ SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, 1990, pág. 634.

consiguiente, un presupuesto deliberado de culpabilidad, si bien debemos matizar sobre qué aspectos concretos del acto dicho dolo ha de proyectarse, pues es evidente que en el ámbito *horizontal* de las decisiones resulta casi imposible que todos los miembros del órgano colegiado dispongan del mismo conocimiento de los aspectos y matices de la decisión, muchas veces vestida de un ropaje administrativo formalmente correcto.

El conocimiento defectuoso pero evitable, *per se*, no es a nuestro juicio suficiente. La representación del resultado a título de dolo eventual no cubre, tampoco, las exigencias del tipo. El comportamiento meramente *esperado* por la sociedad, en función de *cómo* la sociedad se encuentre, parámetro sujeto a gran variabilidad, no es suficiente, siendo que en nuestra opinión es necesario construir referentes sólidos y estables de contraste, que puedan ser debidamente conocidos *ex ante* por los operadores. No debe olvidarse que el tipo de prevaricación administrativa del art. 404 CP es un tipo residual y su taxatividad no puede amparar situaciones intermedias de culpabilidad, incluso las más próximas al *dolus malus* requerido.

Se hace necesario, en nuestra opinión, efectuar una comprobación desde una triple perspectiva: (1) desde la posición de garante; (2) configurando un deber especial de vigilancia; y (3) desde la perspectiva de las normas administrativas extrapenales, pues no hay que olvidar tampoco que el delito de prevaricación administrativa está configurado como una norma penal *en blanco*.

Comenzando por el análisis de la «posición de garante», lo realmente importante para atribuir un hecho a una persona es si ese hecho puede verse «como obra de esa persona» (LARENZ), si un determinado resultado puede achacarse de un modo directo a un aumento de riesgos singulares o especiales, pues —como ha dicho FRISCH— no todos los riesgos han de tener relevancia penal, siendo que tales riesgos estén derivados de la especial vinculación o sujeción especial de la función pública a ciertos cánones, de la especial posición *de garante* que ocupan ciertas personas por atribución legal o contractual, o bien cuando derivado de una acción u omisión precedente, se haya creado el riesgo específico (art. 11 CP).

Recordemos, no obstante, que la autoría en estos casos de los miembros de un órgano colegiado no deriva *strictu sensu*, de una omisión, pues la conducta no es omisiva, sino consistente en la acción determinante de votar a favor de la

adopción del acuerdo o resolución; y que dicho acuerdo es «obra conjunta» de todos los miembros del órgano que ostenta la competencia. Acudimos al art. 11 del Código Penal en búsqueda de elementos de incriminación objetivos que puedan apuntalar un régimen de culpabilidad que nos parece esencial e irrenunciable en nuestro Derecho Penal, *tomando prestados* los criterios del art. 11 CP que definen la omisión punible precisamente por vulnerar esa misma posición de garante. Pero queda claro, en nuestra opinión, que el elemento determinante de la autoría es la membresía del órgano colectivo y la participación activa (voto a favor) en la producción de la resolución prevaricadora.

No obstante, también es comúnmente admitido que el fundamento legal de la posición «de garante» se encuentra o sitúa extramuros del campo penal, derivado de límites que se encuentran comúnmente definidos en normas extrapenales²²⁴, razón por la que hemos apuntado que es insoslayable acudir al Derecho Administrativo en estos casos, que se encuentran tan al borde de los principios dogmáticos del Derecho Penal.

Con BASTIDA GONZÁLEZ²²⁵, estamos de acuerdo en que el punto de partida de toda esta materia (posición de garante) se encuentra en los arts. 1902 y siguientes del Código Civil, siendo que el último párrafo del art. 1903 del mismo Texto Legal limita la responsabilidad a la «diligencia de un buen padre de familia». Ahora bien, una cosa es que exista el deber del que se derive esta especial posición, y otra muy distinta, en nuestra opinión, es que la infracción de dicho deber genere —*per se*— la comisión del delito de prevaricación del art. 404 CP, que exige un dolo directo, especialmente intenso y dirigido por una conducta caprichosa tendente a la producción de un resultado materialmente injusto. En nuestra modesta opinión, eso sería *mucho decir*. Y por ello deben acumularse otros criterios objetivos que permitan resolver el problema con mayor seguridad.

²²⁴ BACIGALUPO, E. *La responsabilidad penal de las sociedades, actuaciones en nombre de otro, responsabilidad de los Consejos de Administración, responsabilidad de los subordinados. La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial*, en Cuadernos de Derecho Judicial, 2013, pág. 70.

²²⁵ BASTIDA GONZÁLEZ, M.P., *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*, en la obra conjunta *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, 2005, pág. 149.

La posición de garante requiere que el autor haya creado un peligro adicional al permitido para la fuente que él mismo debe cuidar y custodiar, es decir, que se encuentre bajo su dominio para que la acción —la de votar a favor en el seno del órgano colegiado— sea penalmente relevante, pues de lo contrario no habrá posición de garante²²⁶. Y tampoco puede ser admisible la obligación de actuar como «emergente del derecho consuetudinario», ni a favor ni en contra de entender configurada ese deber de garante, de actuar de un modo positivo en evitación del suplemento de riesgo o creación del injusto. Ni la conducta precedente, en nuestra opinión, puede excluir de plano el dolo específico (por ser esa conducta precedente demasiado laxa), ni tampoco configurarlo (por ser exigente), pues el principio de legalidad se vería seriamente comprometido si, por sí solo, esta conducta puede apuntalar la autoría en un caso tan especial como el del delito del art. 404 CP, muy exigente en cuanto a los elementos subjetivos del tipo, como venimos repitiendo.

La posición de garante debe apuntalarse, desde nuestra perspectiva, con la configuración de un deber especial de vigilancia a cargo de los miembros del órgano colegiado, pues no tienen las mismas funciones unos órganos que otros, unos configurados por la Ley (o, por remisión de ella) con facultades de fiscalización y control, de filtro, en definitiva, apoyado en relevantes órganos de naturaleza técnica, que otros, de mera configuración procedimental y burocrática, aun con competencias de carácter resolutorio, pero ya con el expediente administrativo estrictamente depurado a través de los trámites previos. Como ha dicho la STS de 27 de marzo de 1994, Ponente Sr. Bacigalupo:

«No es humanamente posible que quienes deban ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello el ordenamiento jurídico concede el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen

²²⁶ BACIGALUPO, E., *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal*, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho*, pág. 41, citando este autor a GALLAS.

de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar».

Razonamiento, el de esta sentencia, que bien puede transponerse (en lugar de la delegación contemplada en el supuesto) al caso de un órgano colegiado que ejerce funciones resolutorias cuando el asunto haya sido objeto de los filtros habituales de carácter técnico y/o jurídico, restando que los miembros del órgano confirmen con el ejercicio de su potestad colectiva el criterio basado en una propuesta previa y fundada. La labor de vigilancia, en estos casos, debe quedar limitada y definida en función de determinados parámetros de regularidad formal, de control de la realización de los trámites previos y de verificación del sentido y razonabilidad de la propuesta, pues de otro modo la labor del órgano no sería «humanamente posible».

Como ya dijimos *supra*, el Tribunal Supremos ha despejado con precisión el alcance del principio de accesoriedad relativa o limitada, que si bien «es considerado una realidad conceptual» (STS de 26 de marzo de 2013, Ponente Sr. Granados Pérez), su correcto entendimiento viene referido a la participación en un hecho típico y antijurídico que, aun realizado por un *autor principal*, no requiere inexcusablemente que el mismo sea declarado culpable, pues

«llevado dicho razonamiento a sus últimas consecuencias, habríamos de aceptar que en un supuesto, por ejemplo, de asesinato en el que hubieran resultado procesados el autor material y varios cooperadores necesarios, el fallecimiento del primero obligaría al sobreseimiento de la causa»;

de este modo tan explícito, resulta adecuado decir que sí cabe —en hipótesis— responsabilizar al partícipe con independencia del componente subjetivo del tipo ejecutado por el autor, ya que

«nadie puede verse obligado a responder si no es por su propio comportamiento y no por el de otro, aunque el fundamento de la responsabilidad del partícipe no puede ser ajeno al carácter injusto de lo hecho por otro, es decir, por el autor, pudiéndose decir que en estos supuestos de pluralidad de intervinientes existe una unidad de hecho que deriva del sentido conjunto de las acciones de autor y partícipe» (Sentencia del Tribunal Supremo antes citada).

Por consiguiente, en nuestra opinión —conforme a la doctrina citada—, en abstracto sería perfectamente posible determinar como únicos responsables del delito de prevaricación administrativa a aquellas personas, funcionarios o no, autoridades o no, sujetos *extraneus* en suma, que no pertenezcan al órgano colegiado que hubiere dictado la resolución prevaricadora, en caso de no hallarse a ninguno de miembros del órgano colectivo como responsables a título de autores, por ausencia de culpabilidad o error.

A tal efecto, por tanto, el deber de vigilancia y control de los órganos colegiados debe perfilarse en función de las competencias propias o delegadas, del alcance y extensión ordinaria de las mismas, y de la efectiva verificación de la regularidad formal del asunto, sin perjuicio, claro está, de las singularidades que únicamente pueden ser determinadas de un modo casuístico.

Peculiares resultan (aunque el Tribunal contempla un supuesto muy alejado del delito de prevaricación del art. 404 CP), no obstante, pero clarificadores, los razonamientos un tanto generalizados de la STS de 23 de abril de 1992, Ponente, Sr. Bacigalupo:

«... aunque no consta que el procesado en el caso haya sido quien creó personalmente el mayor peligro (...) pues es indudable que la acción del otro socio administrador creó un riesgo mayor y antijurídico (...) sí tenía la posibilidad de todo administrador de ejercer sus facultades legales y estatutarias correspondientes para que aquello no tuviera lugar (...) debió hacer lo que estaba a su alcance, según sus facultades jurídicas como administrador para impedir la repetición del hecho...»

Nos restaría, entonces, al efecto de poder determinar el canon de culpabilidad de los miembros de los órganos colegiados, efectuar un repaso de las normas del Derecho Administrativo atinentes a su régimen de funcionamiento y responsabilidad de sus miembros.

Según señalamos *supra*, (i) en principio, la responsabilidad penal puede ser atribuida por igual a todos los miembros integrantes de un órgano colegiado, por el hecho de no abstenerse o no votar en contra del acto o resolución prevaricadora; (ii) la responsabilidad del secretario del órgano colegiado ha sido configurada de un modo esencial, al atribuirle la ley 40/2015 la función de «velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del órgano colegiado»; (iii) el

acta de las sesiones se erige en un documento público esencial, a efectos probatorios pues, sea cual sea el sentido del voto, en el mismo es donde deben constar los motivos que lo justifiquen; y, (iv) el apartamiento de los informes técnicos o jurídicos o, incluso, el voto favorable emitido sin haberse evacuado alguno de los mismos, siendo preceptivo, puede constituir un elemento clave de incriminación del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP.

Siendo esta, esencialmente, la normativa administrativa —*mínimo común denominador*— que regula el funcionamiento de los órganos colegiados, lo cierto es que desde el punto de vista penal no puede hablarse de acción típica cuando el sujeto vota en contra o incluso se abstiene. El delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP es una norma penal en blanco, por lo que necesariamente debe completarse con arreglo a la regla extrapenal, y en este caso es muy claro no hay acción individualizada respecto de los miembros que voten en contra o se abstengan. Igual conclusión ha de reputarse respecto de aquellas situaciones en que algún miembro se ausenta o se abstiene, por razones obvias. No votar, no participar en el desarrollo y votación de la resolución prevaricadora, sea por la razón que fuere, ha de equivaler a una ausencia de acción. Cosa distinta será, obviamente, que el ausentado o, incluso, el haya votado en contra o se hubiere abstenido, pueda ser responsable por cualquier otro título de participación distinto de la autoría directa, como puede ser la inducción, la cooperación o la complicidad, supuesto distinto, pero posible, al que analizamos.

Por otro lado, cabría preguntarse si el voto afirmativo es, en todo caso, *iuris et de iure*, configurador de la autoría criminal. Nuestra opinión, como ya hemos adelantado, es claramente negativa, pues con respeto al principio de culpabilidad, no podemos otorgar mayor valor al voto favorable que el de constituir presupuesto objetivo del tipo penal, debiendo acreditarse, además, todos y cada uno de los requisitos objetivos y subjetivos que lo componen hasta su colmatación (hecho típico, antijurídico e imputable). Incluso el haber *votado a favor*, con informe en contra o sin constancia del correspondiente informe preceptivo, no dejan de constituir indicios objetivos de la conducta punible, que por sí solos no son capaces de completar el acto típico y reprochable.

El modo y las circunstancias concurrentes, su mayor o menor adaptación a la normativa administrativa de reenvío podrá suponer una completa transformación de la culpabilidad, agravándola, debilitándola o, aun, haciéndola

desaparecer, siempre y cuando se compruebe la labor cuidadosa (art. 1903 del Código Civil) y el adecuado deber de vigilancia desplegado, casi en la frontera del *error*, en tanto que ausencia de culpabilidad.

La STS de 4 de marzo de 2016, Ponente Sr. Giménez García, analiza en este sentido un supuesto de extrema claridad, de autoría de los miembros de un órgano colegiado (además de los partícipes), por «absoluta dejación de funciones», describiendo la sentencia los elementos de juicio concurrentes que, en su conjunto, constituyen juicio de autoría suficientes, prueba de cargo bastante y valorada de un modo racional, argumentación pormenorizada que a nuestro juicio es, en estos casos decisiva, por rebasar el mero dato objetivo de pertenencia al órgano prevaricador. Dice la STS:

«Los concejales que aprobaron la permuta incumplieron con las obligaciones propias de su cargo, siendo que habían recibido advertencias de clara ilegalidad de las actuaciones llevadas a cabo (...) todos los concejales vivían en Marbella y no podían desconocer dónde se encontraban los bienes permutados; y los testimonios constatando la falta de necesidad y urgencia de la operación de la permuta, y la falta de expediente administrativo que sustentara la operación (...) En relación a la pretendida ignorancia de los concejales en materia urbanística, la sentencia con la cita de la normativa correspondiente llega a la conclusión del palmario incumplimiento del deber de información, al haber incurrido los concejales en una absoluta dejación de funciones municipales a cambio de dinero [se citan igualmente las advertencias de distintos organismos]. Se está en presencia del modelo en negativo del cuadro de deberes exigible a toda persona que ejerce funciones públicas, lo que enlaza con la reflexión contenida en varias sentencias de esta Sala referidas al delito de prevaricación administrativa. Con la STS 600/2014 de 3 de septiembre y al 648/2007, hay que recordar que el delito de prevaricación administrativa el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico. En definitiva, el delito de prevaricación administrativa sanciona los abusos de poder que representan la negación del propio estado de derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que el ver convertidos a sus representantes políticos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos mismos son sus

propios custodios. Por ello, la nota de la arbitrariedad es un aliud diferente al control judicial de los actos administrativos por la jurisdicción contenciosa. La nota de la arbitrariedad es la voluntad desnuda de las personas concernidas la que se erige en única fuente de la decisión».

Queda claro, pues, con tal disquisición del Tribunal Supremo español, cómo la pertenencia a órganos resolutorios de la Administración Pública, por sí sola, no ofrece una solución incriminatoria, debiendo adentrarse los razonamientos jurídico-penales en el ámbito propio de la culpabilidad, espacio que en nuestra opinión pertenece de lleno al análisis de la arbitrariedad como elemento subjetivo del tipo definido en el art. 404 CP: la arbitrariedad es un *aliud* diferente al control judicial de la mera ilegalidad, de la injusticia, que sería el elemento normativo u objetivo del tipo.

**XVI – PREVARICACIÓN
ADMINISTRATIVA Y
DELEGACIÓN DE
FUNCIONES**

XVI - PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y DELEGACIÓN DE FUNCIONES

Contemplamos ahora un supuesto de gran relevancia práctica²²⁷, pues son muy frecuentes en el ámbito de la Administración Pública los supuestos de delegación de funciones de unos órganos en favor de otros, sin una traslación total de los efectos jurídicos a los órganos delegados.

Lo primero será, pues, determinar con precisión en qué consiste la delegación de funciones, como mecanismo administrativo en virtud del cual se transfiere el mero ejercicio de competencias del titular a otro órgano de la Administración.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) regula en su art. 9 la «delegación de competencias», definiendo el supuesto como la delegación del ejercicio de las competencias en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en los Organismos públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de aquella. Siendo relevante destacar, a los efectos aquí estudiados, que según el art. 8.1 LRJSP la delegación no supone alteración de la titularidad de la competencia; que según el art. 9.4 LRJSP las resoluciones dictadas por

²²⁷ Piénsese, por ejemplo, en el caso típico de delegación de funciones de los Alcaldes en los Concejales-Delegados. La Administración local es, por definición, de carácter presidencialista, de tal modo que la mayoría de las funciones ejecutivas corresponden a los Alcaldes, que por ello efectúan delegaciones genéricas en los diversos concejales de la Corporación Municipal. Así, por ejemplo, el concejal «de urbanismo» o «de contratación», en realidad, carece de competencias propias sobre dicha materia, siendo que la asumen en bloque por delegación del Alcalde. Siendo una excepción a dicho régimen jurídico el de los llamados «municipios de gran población», en la configuración que de los mismos hizo la Ley 57/2003, de modificación parcial de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, en el que la distribución de competencias se realiza, esencialmente, entre el Alcalde, la Junta de Gobierno y el Pleno, aunque en estos casos, sigue igual el régimen de delegaciones anteriormente descrito.

delegación recaen sobre la esfera jurídica del delegante («se consideran dictadas por el órgano delegante», dice el precepto); que la delegación es revocable «en cualquier momento» (art. 9.6 LRJSP); y que la delegación puede tener por objeto una materia *en bloque* o someterse a determinados principios, extensión o alcance, determinado en el acto resolutorio de la propia delegación.

Como se aprecia, la cuestión destacable desde la perspectiva del Derecho Penal no es otra que deslindar la posible responsabilidad entre uno y otro órgano, delegante y delegado, partiendo de las premisas de la institución y regulación administrativa.

La respuesta, de nuevo —y en nuestra opinión—, debe partir de un correcto encaje del principio de culpabilidad, atendiendo a las funciones que el delegante se reserva, *per se*, como titular de la competencia improrrogable e irrenunciable, su posición de garante, de vigilante del buen funcionamiento de la delegación y de las normas administrativas de aplicación directa.

Por un lado, no es discutible que el delegado ejerce las funciones *por cuenta* del delegante, razón por la que sus efectos recaen sobre la esfera jurídica de éste. Sin embargo, desde la óptica de la posible responsabilidad penal, el espacio de duda no afecta a la actividad del titular del órgano delegado, pues respecto de éste dicha responsabilidad carece de zonas grises en las que sea más difícil efectuar el juicio de reproche o culpabilidad, salvo supuestos extremos o hipótesis de laboratorio.

La dificultad estriba, por el contrario, en el alcance de la responsabilidad del delegante por los actos prevaricadores del delegado. Dicho con un ejemplo: ¿es el alcalde responsable penal de los actos realizados por su concejal delegado de urbanismo? Estaríamos hablando, en este caso, de un claro supuesto de responsabilidad penal en comisión por omisión.

Como apuntamos *supra*, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de señalar (STS de 27 de marzo de 1994, Ponente Sr. Bacigalupo) que «No es humanamente posible que quienes deban ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello el ordenamiento jurídico concede el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la

función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar». Encontramos también un apoyo directo de exoneración, cumpliendo los requisitos indicados, en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995, que en su art. 30 se pronuncia en sentido similar²²⁸.

²²⁸ Dice el citado art. 30 LPRL: «1. En cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa. 2. Los trabajadores designados deberán tener la capacidad necesaria, disponer del tiempo y de los medios precisos y ser suficientes en número, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, así como los riesgos a que están expuestos los trabajadores y su distribución en la misma, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere la letra e) del apartado 1 del artículo 6 de la presente Ley. Los trabajadores a que se refiere el párrafo anterior colaborarán entre sí y, en su caso, con los servicios de prevención. 3. Para la realización de la actividad de prevención, el empresario deberá facilitar a los trabajadores designados el acceso a la información y documentación a que se refieren los artículos 18 y 23 de la presente Ley. 4. Los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa. En ejercicio de esta función, dichos trabajadores gozarán, en particular, de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Esta garantía alcanzará también a los trabajadores integrantes del servicio de prevención, cuando la empresa decida constituirlo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo siguiente. Los trabajadores a que se refieren los párrafos anteriores deberán guardar sigilo profesional sobre la información relativa a la empresa a la que tuvieron acceso como consecuencia del desempeño de sus funciones. 5. En las empresas de hasta diez trabajadores, el empresario podrá asumir personalmente las funciones señaladas en el apartado 1, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere el artículo 6.1.e) de esta Ley. La misma posibilidad se reconoce al empresario que, cumpliendo tales requisitos, ocupe hasta 25 trabajadores,

La cuestión, no obstante, no resulta a nuestro juicio tan automática, pues no son pocos los casos en los que esa asignación de medios suficientes, o la capacidad del sujeto encomendado no se atiende a parámetros regulados o marcados en por ningún tipo de precedente. Si la posición de garante se difumina, obviamente, por razón de la delegación *en bloque* de una concreta materia, no se atisba cuáles son los posibles medios suficientes o capacidades estándar que *ab initio* podrían habilitar la exoneración de responsabilidad. La grave inseguridad que supone carecer de tales referencias, salvo previsión normativa al respecto, unido a los especialísimos requerimientos del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, contribuyen en nuestra opinión a la conclusión del valor exonerante de la responsabilidad penal en caso de delegaciones por materias completas (caso de alcalde y concejales), y sin perjuicio de la verificación de la coautoría o participación por otras pruebas o indicios diferentes a la mera condición de órgano titular y delegante. En este sentido, debe quedar descartando que se parta del delito como hipótesis de trabajo. Debe incoarse la causa contra el delegante sólo cuando estemos ante hechos penalmente típicos, fundados, verosímiles y reveladores de efectivas sospechas, más allá del hecho en sí de la pura delegación.

siempre y cuando la empresa disponga de un único centro de trabajo. 6. El empresario que no hubiere concertado el Servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa deberá someter su sistema de prevención al control de una auditoría o evaluación externa, en los términos que reglamentariamente se determinen.

7. Las personas o entidades especializadas que pretendan desarrollar la actividad de auditoría del sistema de prevención habrán de contar con una única autorización de la autoridad laboral, que tendrá validez en todo el territorio español. El vencimiento del plazo máximo del procedimiento de autorización sin haberse notificado resolución expresa al interesado permitirá entender desestimada la solicitud por silencio administrativo, con el objeto de garantizar una adecuada protección de los trabajadores».

16.1.- EL CASO PARTICULAR DE LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

Las «encomiendas de gestión», reguladas en el art. 11 de la Ley 40/2015 (LRJSP), suponen un caso especial en el que un órgano administrativo *encarga* a otro la realización de ciertas actividades técnicas o materiales necesarias para el ejercicio de la competencia en sí. Se trata, pues, de una *delegación* de ciertas circunstancias materiales requeridas para el ejercicio de la función, pero ni suponen transferencia de la titularidad (pues ni si quiera la delegación implica tal cosa), ni tampoco del mero ejercicio de la competencia, que sigue ejerciendo el órgano competente (art. 11.2 LRJSP). Dicho de un modo más claro: el órgano competente encomienda a otro, por puras razones de eficacia u operatividad, ciertas actividades (por ejemplo, la redacción de un proyecto técnico, laboras de análisis o inspección, etc.) que el ejercicio de la competencia requiere.

Como ocurre en el caso de la delegación, los verdaderos problemas de naturaleza penal no se perciben al respecto de la responsabilidad del encomendado, a título de partícipe, sino del órgano titular que efectúa la encomienda como derivada de su posición de garante o vigilancia.

Nuestra postura, ha de partir de las mismas premisas surgidas al hilo del estudio de las repercusiones penales de la delegación. En primer lugar, la encomienda —como la delegación—, *per se*, debe suponer una barrera de contención casi automática de la posible extensión de la responsabilidad penal del órgano que realiza la encomienda respecto a las actividades del encomendado. No podemos, por consiguiente (y en nuestra opinión) *partir de la extensión natural de la responsabilidad penal hacia arriba*, en perjuicio del órgano que realiza la encomienda, sin otro apoyo probatorio o indiciario que la encomienda en sí. Ello iría, sencillamente, en contra del principio de culpabilidad como pilar esencial del *ius puniendi* estatal.

Es cierto, no obstante, que en última instancia la regulación administrativa de la figura de la encomienda de gestión (art. 11 LRJSP) resulta más precisa que la delegación, pues el apartado 3 del art. 11 citado indica la obligación de la mención expresa de la «actividad o actividades a las que afecten [la encomienda], el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada» lo que, al evitar la transferencia *en bloque* sí mantiene una línea de vigilancia y control del titular

más estrecha o en régimen de control permanente, ciertamente más precisa que lo que se exige en el caso de la delegación.

Ahora bien, si la conclusión sobre la hipótesis de partida es la misma que en el caso de la delegación, igual ha de ocurrir con los supuestos en que efectivamente sea posible atribuir la responsabilidad más allá del órgano encomendado, solo que para estos las normas del Derecho Administrativo ofrecen un marco de referencia mucho más preciso, que de ser efectivamente traspasado sí conllevaría, según opinamos, el reproche penal.

**XVII – LA PRUEBA DE
INDICIOS Y EL DELITO DE
PREVARICACIÓN
ADMINISTRATIVA**

XVII - LA PRUEBA DE INDICIOS Y EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

La prueba indiciaria es especialmente importante e idónea para determinar la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo penal. El delito de prevaricación se completa atendiendo al elemento subjetivo del tipo («a sabiendas»), siempre y cuando lo materialmente resuelto sea abiertamente incompatible con el Derecho y no haya el más mínimo sustento interpretativo del sentido del acto.

Este delito exige una injusticia material (contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico administrativo), que dicha injusticia sea especialmente significativa, que su producción obedezca exclusivamente a la voluntad torcida de la autoridad o funcionario y que no admita interpretación alguna mínimamente razonable (nota de la arbitrariedad). Ya muy cerca de esta última nota de la arbitrariedad —casi de un modo redundante— se añade por el tipo el elemento subjetivo de que la producción de la resolución injusta y arbitraria se realice «a sabiendas» de dichas cualidades²²⁹.

Obviamente, que la resolución obedezca al puro capricho o voluntad de su autor, y que se realice «a sabiendas» no puede constatarse, ordinariamente, más que a través de la prueba indiciaria. La arbitrariedad constituye un elemento subjetivo del injusto, pues para constatar el carácter antijurídico de la conducta hay que recurrir necesariamente a la constatación de elementos anímicos del sujeto activo. El sujeto activo debe *querer o perseguir* tanto la resolución arbitraria (torcida a su exclusivo capricho) como el resultado de la misma, la injusticia que se crea con el hecho de su producción. Por ello, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha analizado en diversas ocasiones el modo en que el Tribunal

²²⁹ Defendemos que: i) la injusticia de la resolución hace referencia a su ilegalidad; ii) que la arbitrariedad se refiere a la ilegalidad manifiesta, palmaria, sin explicación técnico-jurídica alguna, producto del capricho de la autoridad o funcionario; y iii) que la locución «a sabiendas» indica, ya en el plano de la antijuridicidad, la exigencia de un dolo directo o reforzado, excluyéndose el dolo eventual.

debe alcanzar la convicción de la acción dolosa en el caso del delito de prevaricación administrativa, siendo necesario un examen indiciario por tratarse de un hecho interno del sujeto activo (por ejemplo, la STS de 24 de noviembre de 2015, Ponente. Sr. Conde-Pumpido Tourón). En definitiva, tratándose de los elementos subjetivos, no resulta posible su constatación por prueba directa, sino por prueba indirecta o indiciaria²³⁰.

En cuanto a los requisitos de la prueba indiciaria, de pura construcción doctrinal, pues no existe regulación positiva al respecto, son:

- a) La pluralidad de indicios en cuanto deben ser dos o más (*indicium unus, indicium nullus*).
- b) La confluencia o coincidencia de los mismos, en cuanto todos ellos señalen en la misma dirección.
- c) Que los hechos base generadores de la inferencia se encuentren suficientemente acreditados, que procedan de prueba directa, al igual que los propios hechos en que los indicios consistan.
- d) Que las inferencias sean racionales y se correspondan a los dictados del buen sentido y la lógica.

²³⁰ Debe decirse, no obstante, que el proceso lógico a través del cual se infiere la prueba indiciaria y la constancia de sus requisitos por el Tribunal sentenciador es plenamente revisable en casación, ordinariamente a través de la vía del art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 852 LECrim, por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Igualmente, el Tribunal Constitucional podrá conocer por vía de amparo la vulneración de dicho derecho fundamental (art. 24 CE), declarando la nulidad de la sentencia y ordenando la retroacción de las actuaciones en caso de considerar que no se ha colmado el estándar legalmente exigido para la virtualidad de la prueba de indicios. Se ha dicho por la doctrina que esta revisión desde el plano constitucional implica de hecho una revisión de la valoración de la prueba, algo vedado al Tribunal Constitucional, pero en todo caso preferible a mantener una condena sustentada en indicios no suficientemente contrastados. Así, CORDOBA RODA, *El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba*. Revista Jurídica de Cataluña, 1982, pág. 826.

e) Que entre el hecho base y el hecho consecuencia se dé un enlace preciso según las reglas del criterio humano, como expresa el art. 1253 del Código Civil.

f) Que las inferencias realizadas por el Juzgador no sean absurdas o desatinadas, no incurriendo en la arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE.

g) Y que el órgano a quo cumpla con lo establecido en el art. 120.3 CE y exponga los hitos principales del razonamiento.

La STS de 24 de noviembre de 2015, Ponente. Sr. Conde-Pumpido Tourón, expone dichos requisitos, formales y materiales, en su razonamiento jurídico quinto:

«Asimismo esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha elaborado un consistente cuerpo de doctrina en relación con la prueba indiciaria, sistematizando sus requisitos de un modo, a nuestro entender, más acabado que la doctrina constitucional y que permite un adecuado control de la razonabilidad de la valoración probatoria del Tribunal de Instancia desde la perspectiva propiamente casacional. En sentencias como la reciente de 28 de mayo de 2015 (núm. 318/2015), o las de 22 de octubre de 2014 (núm. 720/2014), núm. 444/2014, de 9 de junio, núm. 359/2014, de 30 de abril, núm. 433/2013 de 29 de Mayo, núm. 533/2013, de 25 de junio, 25 de enero de 2001 (núm.1980/2000), 12 de mayo (649/1998), 14 de mayo (584/1998) y 22 de junio (861/1998) de 1998, 26 de febrero (269/1999), 10 de junio (435/1999) y 26 de noviembre (1654/1999) de 1999, 1 de febrero (83/2000), 9 de febrero (141/2000), 14 de febrero (171/2000), 1 de marzo (363/2000), 24 de abril (728/2000), y 12 de diciembre (1911/2000) de 2000, hemos reiterado la eficacia y validez de la prueba de carácter indiciario para desvirtuar la presunción de inocencia y señalado sus requisitos, formales y materiales, que son: "1º) Desde el punto de vista formal: a) Que la sentencia exprese cuales son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia. b) Que la sentencia de cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que -aun cuando pueda ser sucinta o escueta- es necesaria en el caso de la prueba indiciaria, para posibilitar el

control casacional de la racionalidad de la inferencia. 2º) Desde el punto de vista material los requisitos se refieren en primer lugar a los indicios, en sí mismos, y en segundo a la deducción o inferencia. A) En cuanto a los indicios es necesario: a) Que estén plenamente acreditados; b) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa; c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. B) Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano". El control casacional tiene límites. El primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado razonablemente probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no cabe, en principio, su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación como lo dispuesto en el art. 741 de la Lecrim y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de Instancia, salvo supuestos de valoración arbitraria. Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no puede cuestionarse por esta vía la valoración que -de la prueba testifical, por ejemplo- ha realizado el Tribunal sentenciador, sobre la base de la inmediación y la contradicción, para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado, siempre que dicha valoración sea razonable. El segundo supone admitir que el control de la racionalidad de la inferencia no conlleva la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y tampoco por el del recurrente, sino únicamente comprobar que dicha inferencia responde a las reglas de la lógica y del criterio humano y que respeta la prohibición de la arbitrariedad. Se trata exclusivamente de excluir aquellos supuestos en los que en el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias (canon de la lógica o cohesión) o en los que la inferencia es excesivamente abierta, débil o indeterminada, derivándose de los indicios un amplio abanico de conclusiones alternativas

(canon de la suficiencia o calidad de la conclusión), o bien se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales (canon de la constitucionalidad de los criterios). En tercer lugar, queda fuera del ámbito del recurso casacional, (siempre que sea razonable) la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas -que el Tribunal valora con inmediación, apreciando su verosimilitud y otorgándoles o no credibilidad- o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia objetiva, contradicción con otros datos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal "a quo", siempre que responda, como hemos dicho, a las reglas de la lógica y del criterio humano. En cuarto lugar, en cuanto a la forma de analizar los indicios debe alertarse frente al error de pretender valorarlos aisladamente, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los indicios, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS de 14 de febrero y 1 de marzo del 2000 entre otras muchas). El análisis desagregado o aislado de cada indicio, como islotes robinsonianos fuera del contexto integrado por la dinámica de los hechos y el resto de los elementos indiciarios interrelacionados, resulta manifiestamente contrario a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos sobre la teoría de las probabilidades, como ha señalado esta Sala, por ejemplo en las sentencias de 24 de octubre de 2000 y 21 de enero de 2001. Por último debe añadirse que, como destacan las sentencias de 9 de junio de 1999 (núm. 918/1999) y 17 de noviembre de 2000, (núm. 1755/2000), siempre que concurren pruebas de cargo suficientemente serias de la participación del acusado en el hecho delictivo, la apreciación como indicio adicional -o más bien contraindicio- de la acreditación de la falsedad de la coartada del acusado o de la manifiesta inverosimilitud de sus manifestaciones exculpatorias, no significa invertir la carga de la prueba ni vulnera el principio "nemo tenetur", pues se trata únicamente de constatar que

existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo, y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su incoherencia interna y por su incredibilidad, no solamente no desvirtúan sino que refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada. Como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación "reclamada" por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna».

Como ejemplo de jurisprudencia menor, la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 5 de Murcia, de 23 de diciembre de 2008, destacó que «en el proceso penal español, para formar convicción sobre las cuestiones fácticas que defiera cada procedimiento en particular, pueden valerse los tribunales de pruebas directas —personales o reales, mediatas o inmediatas, preconstituidas o sobrevenidas, históricas o míticas—, mas como la delincuencia suele actuar a espaldas de cualquier testigo y no gusta de cometer sus acciones punibles con publicidad, son también pruebas válidas y aprovechables las indiciarias, indirectas o conjeturables, mediante las cuales, partiendo del hecho antecedente, se obtienen otros, llamados consecuentes, aunque es indispensable que, entre los hechos probados y los que se trata de acreditar, haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, esto es, y parafraseando lo preceptuado en el art. 1253 del Código Civil, que el lazo de unión entre antecedente y consecuente, no sea tenue y filiforme, sino que, la inferencia o deducción obtenida, sea racional y responda a los dictados más estrictos de la lógica.

Tampoco podemos dejar de señalar la importancia que tiene, desde el punto de vista del principio de contradicción, que los indicios aparezcan reflejados como elementos de incriminación, ya desde la misma fase de instrucción, examinados ya como verdaderas pruebas de cargo en la fase de juicio oral y no de un modo

sorpresivo en la sentencia mediante el empleo de inferencias pues, aun siendo coherentes, como señala PASTOR ALCOY, no han sido debatidos en el plenario y la defensa tiene derecho a saber de qué medios y elementos de prueba va a valerse la acusación. El derecho de contradicción, dice este autor, «es la mejor garantía de la veracidad de la prueba de indicios»²³¹. El mismo PASTOR ALCOY pone de manifiesto, citando a MITTERMAIER, otra circunstancia que nos parece fundamental, como es no confundir un indicio con sus múltiples circunstancias, que no constituyen a su vez otros indicios, sino uno solo²³².

Referidos al delito de prevaricación del art. 404 CP, dado su carácter residual, como hemos puesto de manifiesto en este trabajo, los supuestos de prueba indiciaria pueden ser múltiples: referencias efectuadas por testigos en cuanto a la motivación de la resolución prevaricadora, sucesión de trámites administrativos incoherentes o carentes de motivación, intervención de órganos no habituales, emisión de informes contradictorios, etc. La misma STS antes citada, de 24 de noviembre de 2015, hace una distinción entre indicios como tales que examinados en conjunto permiten la quiebra de la presunción de inocencia, de aquellos otros «adicionales», que no serían «imprescindibles»: «La Sala sentenciadora —dice la STS— se refiere a otros indicios, la celeridad de los trámites, la ausencia de solicitud expresa de la subvención por parte de TISA, la excepcionalidad de la ayuda, el carácter jerárquico del Ayuntamiento que hace inimaginable que los técnicos decidiesen un asunto de esta relevancia sin el conocimiento de la Alcaldesa, la eliminación de una serie de condiciones impuestas inicialmente en la escritura pública de compraventa, etc. Pero son indicios adicionales, no imprescindibles, pues estimamos que los indicios anteriormente consignados y razonablemente valorados, ponen de manifiesto sin duda de clase alguna que la adjudicación de la parcela y la concesión de la subvención máxima se realizaron con pleno conocimiento de la Alcaldesa y de la Concejala Delegada sobre la injusticia de la resolución».

²³¹ PASTOR ALCOY, F., *Prueba indiciaria y presunción de inocencia. Análisis jurisprudencial, requisitos y casuística*. Ed. *Práctica de Derecho*, 1995, p. 60.

²³² Por ejemplo, la tenencia de una droga, respecto a su valor o cantidad, ya que estas últimas características son inherentes a todo objeto.

En definitiva, los supuestos son de variada casuística y detalle. Lo que no empece, en absoluto, que los hechos (aun indiciarios, en el sentido de completables, difusos, no de fácil aprehensión), en tanto que hechos, precisamente, hayan de ser debidamente reconstruidos por el Juzgador. En esta tarea, más ardua que la pura aplicación de las categorías jurídicas abstractas arbitradas por el ordenamiento²³³, es imperativo que el órgano llamado a efectuar la heterocomposición actúe de un modo rigurosamente reglado, con arreglo a las reglas expuestas, entendiendo que la inferencia no puede ser sobreentendida, que los indicios tienen que operar en un plano estrictamente subsidiario²³⁴ y que también el juicio crítico debe referirse a los llamados «contraindicios», aportados en este caso por el sujeto investigado o procesado. Así, como ha explicado el Tribunal Constitucional en distintas sentencias, es necesario demostrar un enlace preciso y directo, de acuerdo con las reglas de la lógica y de la experiencia que puede llevar a la conclusión de que siendo cierto el indicio también lo es el hecho determinante de la responsabilidad. Y en el caso de que estos hechos permitan varias versiones o interpretaciones alternativas u otras inferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente, el Tribunal ha de tener en cuenta todas ellas y razonar porqué elige la que estima como conveniente, debiendo incluir en su razonamiento el motivo o motivos por los que rechaza la versión que de ellos ha ofrecido el inculpado²³⁵. Como ha destacado el Tribunal Supremo, estas pruebas basadas en indicios suponen un estatuto de control y valoración más seguro, un *plus crítico*²³⁶, en contraste con la invocación del principio de inmediación y de la *libre valoración*, que con demasiada frecuencia se transforma

²³³ Lo que HART llamaba en *El concepto de Derecho, el paraíso de conceptos jurídicos*, como guía de orientación en la tarea del operador jurídico.

²³⁴ «La conexión lógica que exige la prueba de indicios sólo existe cuanto no hay ninguna otra posibilidad alternativa que pudiera reputarse razonable y compatible con los hechos que se declaran probados», dijo la STS de 17 de febrero de 1995.

²³⁵ SSTC 93/1994, 174/1998, 107/1989, 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 94/1990, 384/1993.

²³⁶ STS de 21 de marzo de 1995.

en una barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal, en «paradójica garantía de una discrecionalidad jurídica incontrolada»²³⁷.

Tampoco podemos confundir, como dice GASCÓN INCHAUSTI, la prueba de indicios con la llamada «prueba sobre la prueba» que, aunque ambas recaigan sobre hechos periféricos, lo cierto es que la prueba indiciaria busca acreditar esos hechos periféricos, concretarlos, reconstruirlos, por lo que recaen sobre un elemento fáctico del objeto del proceso penal; con la prueba sobre la prueba se pretende probar otra cosa, como es la poca o mucha fiabilidad de un determinado medio probatorio²³⁸.

²³⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, Doxa, 1992, pág. 127.

²³⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El Control de la Fiabilidad Probatoria: «prueba sobre la prueba»*, Ed. Revista General de Derecho, 1999, pág. 32. El autor define la *prueba sobre la prueba* como aquella actividad procesal desarrollada por los sujetos del proceso penal cuya finalidad consiste en convencer al órgano jurisdiccional de que la eficacia probatoria que merece un determinado medio de prueba debe aumentar, disminuir o incluso desaparecer en el proceso de libre valoración de la prueba que precede a la sentencia (pág. 29).

XVIII – PREVARICACIÓN Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

XVIII - PREVARICACIÓN Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es uno de los derechos humanos de mayor importancia y en ella encontramos dos vertientes: (i) la primera, referida al *onus probandi*, esto es, a determinar a quien corresponde la carga de la prueba de los presupuestos que sustentan la acusación; y (ii) la segunda, que tiene que ver con el tratamiento procesal que se debe dispensar a las personas frente a las que el proceso se dirige.

Este es, sin duda, el «hilo de oro»²³⁹ del Derecho penal, que no debe ser orillado so pena de que el principio quede en un «vaporoso eufemismo de la justicia»²⁴⁰. La presunción de inocencia, como basamento del sistema penal, se remonta al Digesto de Justiniano²⁴¹ y forma parte de la idiosincrasia de los sistemas de justicia penal avanzados.

Que la carga probatoria corresponde a la acusación y que el estándar probatorio debe ser alto son pilares fundamentales del principio, los cuales nos proponemos abordar, en relación con el delito de prevaricación administrativa y sus presupuestos que se derivan del Derecho administrativo, en tanto que norma en blanco y residual.

Dicho en otras palabras: ¿Qué parte de los hechos ha de ser acreditada por cada parte procesal? ¿En qué ha de consistir la acreditación?

El hecho de haberse dictado una resolución por una autoridad o funcionario —matices al margen, ya comentados en este trabajo— no es en principio un hecho

²³⁹ Según las palabras utilizadas por la Sentencia inglesa dictada en el caso *Woolmington vs DDP* de 1935.

²⁴⁰ HEALY, P., *Proof and Policy: No Golden Threads*, *Criminal Law Reviews*, 1987, Pag. 365.

²⁴¹ Código de JUSTINIANO, Libro IV, Cláusula 25: «Que todos los acusadores entiendan que sus cargos nos serán preferidos a menos que puedan ser probados por testigos probos o por documentos concluyentes, o por evidencias circunstanciales que equivalgan a pruebas indubitadas y claras como el día».

de que haya que persuadirse al juez. Al igual que en otros delitos, la clave aquí se encuentra en dos aspectos, uno la prueba de la arbitrariedad y, dos, la prueba de la ilicitud.

Como ya se ha defendido en este trabajo, el tipo previsto en el artículo 404 del Código Penal no puede basar el despliegue de la punición estatal de *ultimo recurso* en una simple ilegalidad, por muy ostentosa que ésta sea. El acto viciado de nulidad radical —o incluso el llamado «acto inexistente»²⁴²— no es, *per se*, un acto prevaricador. Lo será siempre y cuando esté, además, tintado de arbitrariedad, al haberse dictado persiguiendo una finalidad caprichosa y apartada de la finalidad e interés general que ha de presidir la acción de la Administración Pública.

Incluso profundizando en las raíces del concepto teleológico del acto administrativo, éste ha de presumirse válido, desplegando sus efectos jurídicos con independencia de que se cuestione su validez. Cualquier acto, en efecto, ha podido causar estado, ser cumplido en todos sus términos, entregadas o realizadas las recíprocas prestaciones en que, en su caso, el mismo consista y, a la postre ser considerado prevaricador en atención a circunstancias ajenas a su propio contenido, debiendo, en tal caso, efectuarse por la Administración un juicio de ponderación acerca de la mejor de las opciones sobre su efectiva reversión o revocación, tal y como establece la Ley reguladora del procedimiento administrativo (artículos 47.1 d, 49, 51 y 110 de la LPAC).

El acto administrativo, por tanto, debe ser injusto y, además, arbitrario para ser considerado delictivo.

La cuestión peculiar que liga el principio de presunción de inocencia y el delito de prevaricación no es otra que los distintos modos de asignar las cargas procesales en materia probatoria.

En primer lugar, probar la ilegalidad o injusticia de una decisión no es otra cosa que conseguir *persuadir* al juzgador sobre la correcta aplicación del ordenamiento jurídico. Ser trata de una carga de persuasión que, además, no está

²⁴² Los «actos inexistentes» son concebidos como aquellos a los que falta hasta la propia apariencia de acto, de legitimidad, insusceptibles por sí mismos de producir cualquier clase de efectos. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Civitas, 2008, Pág. 624

sustentada por elementos fácticos sino en virtud de un conocimiento especial sobre la aplicación de una rama concreta del Derecho. No se trata, sin embargo, de que el juez penal determine cual es concreta y determinadamente la solución jurídico-administrativa específica que el caso plantea; no es esa su labor, sino determinar si dicha «solución» es palmaria o groseramente ilegal, no enmarcable en parámetro interpretativo alguno conforme a las reglas del oficio. Solo en tal caso, el juez deberá proceder a la secuencia siguiente.

Pero, en tal tesitura, debe remarcarse que la carga de la persuasión sobre el juzgador —provocar su convencimiento sobre una determinada postura, según un estándar relevante— no debe ser trasladada a la parte acusada, pues el riesgo de vulneración de la presunción de inocencia y de ser condenado al margen de sus parámetros de funcionamiento se convierte en alto.

La secuencia siguiente no debe ser ya persuasiva, sino puramente probatoria, pues en el caso de una conducta aparentemente prevaricadora recae sobre el modo y el porqué de producción de la resolución, es decir sobre la arbitrariedad, referida no ya a un juicio de razonabilidad de la interpretación jurídica, sino al verdadero motivo del dictado, si este fue producto de una voluntad torcida, al margen del interés público. La carga de probar esa voluntad no consiste ya en persuadir o *convencer* al juez, sino en acopiar elementos de cargo que sustenten fácticamente el apartamiento del interés general, bien sea a través de pruebas directas o mediante pruebas indiciarias.

Ambas fases están íntimamente ligadas y en esta materia surge el peligro de que una de ellas «contamine» a la otra pues su soporte de cargo es de naturaleza completamente diferente; en un caso la carga es persuasiva y en otro probatoria, y como se ha indicado, las cargas persuasivas no deben ser desplazadas a la parte acusada —no se trata de contraindicios— pues entonces el riesgo de quebrar el principio de presunción de inocencia es muy alto.

Por otro lado, como ya dijo hace casi noventa años CALLERTON ALLEN²⁴³ «es muy difícil resistirse a la impresión de que si un hombre está siendo sometido a juicio, probablemente haya una muy buena razón para que así sea». De ahí la necesidad de que el sistema jurídico disponga una efectiva propensión hacia el

²⁴³ ALLEN, C.K., *Legal Duties an Other Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1931, página 255.

acusado, imponiendo la carga de que quien debe probar la culpabilidad, con un alto estándar («más allá de toda duda razonable»), es siempre de la acusación, incluso en aquellos casos en que la carga probatoria es de naturaleza persuasiva. El margen de error, que siempre está presente, no debe asumirlo el acusado²⁴⁴.

El alto estándar de la de la prueba es básico en el Estado de Derecho, por razones obvias, sin que motivos de optimización de la sociedad puedan limitar el «cortafuegos»²⁴⁵ que el principio de presunción de inocencia supone. Hay supuestos, sin embargo, como puede suceder con el delito de prevaricación, en el que la presión sobre el principio puede ser más intensa: dificultades en materia de prueba, consideraciones sobre la escasa aflicción de la pena (que no supone privación de libertad), interés del Estado en la consecución de determinados objetivos públicos importantes, como la transparencia o la probidad, etc., que pueden inclinar a un estado de aceptación de que basta la acreditación de los hechos constitutivos del delito, aunque no de la culpabilidad del sujeto, en sentido exacto, olvidando, como señaló RONALD DWORKIN que «los derechos se entienden mejor como triunfos sobre algunas justificaciones secundarias de las decisiones políticas que establecen un objetivo para la sociedad en su conjunto»²⁴⁶.

²⁴⁴ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, caso *Speiser v. Randall* (Juez BRENNAN) ha establecido: «En todo litigio hay siempre un margen de error, especialmente en la determinación de los hechos, que ambas partes deben tener en cuenta. En caso de que una parte tenga en juego un interés que trascienda un valor —como puede ser la privación de libertad para un acusado—, este margen de error se reducirá mediante la asignación previa a la otra parte de la carga de alegar pruebas suficientes y de convencer al juez a lo largo del proceso de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable». También, en *Re Winship*, el mismo Juez BRENNAN señaló: «El uso del criterio de la duda razonable es indispensable para merecer el respeto y la confianza de la sociedad en la aplicación de la ley penal. Es fundamental que no se atenúe la fuerza moral de la ley penal por un estándar de la prueba que deje a los individuos con la duda de que se está condenando a personas inocentes».

²⁴⁵ La expresión es de HABERMAS. HABERMAS y REGH, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 1996, página 256.

²⁴⁶ DWORKIN, R., *Rights and Trumps*, en J. WALDRON (ed.) *Theories of Rights*, Oxford, 1984, página 153.

En el delito de prevaricación, además, se corre el peligro de suponer que el ámbito de lo ilícito abarca el ámbito de responsabilidad del presunto autor, respecto del cual, un delito de dolo directo y específico se acaba convirtiendo en un delito de responsabilidad objetiva²⁴⁷. La presunción de inocencia, en tales casos, mantiene en términos procesales limitados y no puramente sustantivos, supuesto de difícil encaje en los parámetros del artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, casi en el ámbito de la inversión de la carga probatoria, siendo un buen ejemplo de ello las SSTEDH *Telfner v. Austria* o *Hansen v. Dinamarca*.

²⁴⁷ Véase *supra* lo dicho en este trabajo sobre la prevaricación administrativa y la responsabilidad de los integrantes de órganos colegiados.

**XIX – PREVARICACIÓN
ADMINISTRATIVA Y
SANCIONES
DISCIPLINARIAS. EL
PRINCIPIO *NON BIS IN
IDEM***

XIX - PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y SANCIONES DISCIPLINARIAS. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

La tradición jurisprudencial española, hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, venía sosteniendo la perfecta compatibilidad de sanciones penales y administrativas, sobre la base de que se trataba de dos ordenamientos distintos.

La temprana Sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de enero de 1981, vino a revertir completamente la situación, declarando que, aunque la CE no señale explícitamente tal incompatibilidad²⁴⁸, la vigencia del principio *non bis in idem*, en virtud del cual no se puede sancionar dos veces por el mismo hecho²⁴⁹, se encuentra incluida en el art. 25 CE. Asimismo, dicho principio, fue expresamente incluido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), en su art. 133, precepto que hoy tiene su reflejo (tras la derogación de

²⁴⁸ Como señala DE LA OLIVA, A., *Los principios generales del Derecho no desaparecen en cuanto tales por el hecho de estar recogidos expresamente en la Constitución*. DE LA OLIVA, A. *Lecciones de Derecho Procesal Penal II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007, pág. 143.

²⁴⁹ Debemos precisar que el principio *non bis in idem* tiene su reflejo en distintas vertientes, no únicamente en relación con la incompatibilidad de sanciones penales y administrativas. Como señala el Profesor Alejandro NIETO, el principio puede describirse hasta en cinco «círculos»: el primero sería un *efecto negativo* respecto de pronunciamientos posteriores a la primera sanción; el segundo, un *efecto positivo*, relativo a que la segunda sanción ha de tener en cuenta los pronunciamientos de la primera; el tercero, relativo al *tratamiento procesal*; el cuarto, sobre que el principio opera no solo respecto de una primera sanción penal, sino también respecto de una primera sanción administrativa; y el quinto, que la regla operaría no solo respecto de sanciones cronológicamente separadas, sino también dentro de un mismo expediente o resolución. NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 4ª Ed., 1994, Pág. 471.

la LRJPAC) en el art. 31 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. La citada STC 2/1981, de 30 de enero, dice:

«El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...- que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración. Como veremos más tarde, no hubo en el caso examinado infracción del principio de referencia y ello nos releva de entrar en su consideración a la luz de la Constitución. No obstante, podemos señalar que, si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución. Por otro lado, es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia».

Y también la STC de 3 de octubre de 1983 señala:

«La Sentencia de este Tribunal de 30 de enero de 1981 («Boletín Oficial del Estado» núm. 47, de 24 de febrero) reconoce el principio llamado de *non bis in idem* íntimamente unido al principio de legalidad de las infracciones que recoge el art. 25 de la Constitución. El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación

que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado».

El principio y la regla general es, pues, la vigencia del *non bis in idem*. Nuestra jurisprudencia²⁵⁰, no obstante, sigue admitiendo una excepción a dicho

²⁵⁰ La STS de la Sala 3ª, de 3 de noviembre de 2014, Ponente Sra. Pico Lorenzo, señala: «Debemos, pues, dilucidar si la invocación de que la condición de funcionario público del sujeto activo considerada en la calificación penal realizada para imponer una condena de ese carácter, determina necesariamente, que el bien jurídico protegido por la infracción penal aplicada sea el buen funcionamiento de la Administración pública, y, por dicha razón, hace que la aplicación de una sanción disciplinaria junto a la penal deba comportar obligatoriamente una vulneración de la prohibición "non bis in ídem". Debe atenderse a la doctrina constitucional aquí invocada mas no en el sentido pretendido por el recurrente. Así el FJ SEGUNDO, d) de la STC 188/2005, de 7 de julio, con cita de la STC 234, 1991, de 10 de diciembre, FJ 2, declara que " *Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección*". Por tal razón en el citado FJ2 de la STC 188/2005, también se invoca el FJ5 del ATC 141/2004, de 30 de abril rechazando una identidad de fundamento entre una sanción penal y una sanción disciplinaria. Y en el FJ 8 de la STC 116/2007, de 21 de mayo se recuerda el FJ 5 de la STC 2/2003, de 16 de enero en el sentido que " *es presupuesto necesario para apreciar la existencia de una vulneración del principio non bis in idem que concurre la triple identidad, de sujeto, hecho y fundamento*". Como dijo el FJ Sexto de la precitada Sentencia de 19 de noviembre de 2008: La solución de dicha cuestión requerirá examinar la importancia que por su significación de derecho fundamental tiene el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25 CE), en el que aparece incluida la prohibición "non bis in ídem". Pero no podrá olvidar que la eficacia de la Administración pública es igualmente un desiderátum constitucional (art. 103 CE), y que un planteamiento que desde patrones de puro formalismo conduzca a resultados irracionales podría atentar contra la también constitucional interdicción de la arbitrariedad de los

principio, aun cuando la doctrina muestre sus más severas reticencias²⁵¹. Dicha excepción es relativa a la posible coexistencia y su admisibilidad de las sanciones

Poderes Públicos (art. 9.3 CE). Por lo cual, esa solución habrá de buscarse casuísticamente, a la vista de la concreta calificación que en cada caso haya determinado la imposición de la sanción penal, y a partir de las siguientes premisas: - A) El bien jurídico protegido en cada infracción penal no viene determinado por la condición del sujeto activo, sino por aquel valor social o individual cuya lesión o puesta en peligro encarna la acción típica de la infracción. - B) La rúbrica de los títulos con los que aparece sistematizada la parte especial del Código penal es un importante elemento de interpretación para determinar cuál es el bien jurídico protegido en cada supuesto delictivo. - C) La singular condición de funcionario del sujeto activo, cuando es considerada para la definitiva calificación penal de unos hechos, lo puede ser de dos maneras o con dos finalidades distintas. Puede ser ponderada como un elemento imprescindible para que una determinada acción tenga relevancia penal. Y cuando así sucede la norma penal lo que suele reflejar es el propósito de reprimir determinadas conductas funcionariales porque se estiman contrarias al interés propio de la Administración pública de la que dicho funcionario es agente o elemento integrante. Pero, en otras ocasiones, opera sobre acciones o conductas que habrían sido constitutivas de infracción penal aunque las hubiera realizado un particular no funcionario; es decir, la condición funcional se sobreañade a infracciones en las que el bien jurídico protegido no constituye un interés propio de la Administración pública. Apareciendo entonces esa condición funcional, no como elemento imprescindible para apreciar la existencia de una figura penal, sino como circunstancia genérica de agravación de la pena, o como determinante de un subtipo agravado de otro tipo básico u ordinario. Y cuando esto segundo acontece, ello es revelador de que la condición de funcionario no opera en el ámbito penal como elemento expresivo de la protección de un determinado interés que es propio o exclusivo de la Administración pública, sino como factor demostrativo de una superior culpabilidad, o de una mayor perversidad moral, en esas acciones que serían delictivas aunque las hubiera realizado un sujeto no funcionario, y hace que esas acciones sean merecedoras de una mayor penalidad».

²⁵¹ Así, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, opone «serias reticencias» al intento de derivar de la doctrina de la «relación de sujeción especial» la vigencia del *non bis in ídem*. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R. FÉRNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, 4 Ed. Civitas, pág. 183.

disciplinarias y penales a los funcionarios públicos, en atención a la operativa de la relación jurídica especial de supremacía que liga a todo funcionario público con la Administración de la que depende²⁵², que bloquearía el efecto de la prohibición del *bis in ídem*, y por cuanto que el bien o interés jurídicamente protegido puede ser distinto en uno y otro caso.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, por el contrario, considera que la doble sanción debe proscribirse *de plano* y que «tarde o temprano» el Tribunal Constitucional acabará por declararla inconstitucional²⁵³, opinión que sustancialmente compartimos.

Comenzaremos por examinar la razón fundamental que habitualmente sustenta el *bis in ídem*, que no es otra que la apuntada diversidad de bienes jurídicos protegidos en la sanción penal y en la disciplinaria. Se sostendría, desde este punto de vista, que la sanción penal encuentra su fundamento en una protección *ad extra* del buen funcionamiento de la Administración (art. 103.1 CE), y que el buen nombre y dignidad del funcionario —como interés objeto de protección penal— estaría plenamente superado por las directrices y principios constitucionales.

Descartados la dignidad o el prestigio de la función, la ofensa representada por el tipo penal se centra en causar un perjuicio u ofensa al *eficaz e imparcial* ejercicio de la función pública, más acorde, como decimos, al hilo conductor que deriva de los arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución Española, que no es otro que el

²⁵² La STC de 30 de enero de 1981, dice: «El principio general del Derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamentos, sin existencia de una relación e supremacía especial de la Administración —relación e funcionario, servicio público, concesionario, etc.— que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración».

²⁵³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*. Conferencia pronunciada en las Jornadas de Derecho Penal para Directivo de la Junta de Andalucía (Sevilla, junio de 1996). Publicada por el Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP). Pág. 17.

correcto funcionamiento de la Administración Pública con arreglo a los principios de eficacia, imparcialidad, objetividad, sometimiento a la Ley e interdicción de la arbitrariedad, en el marco de un Estado Democrático y de Derecho.

La sanción administrativa, complementaria de la pena, quedaría habilitada, sólo, cuando «la sanción se imponga en función de la protección de un interés público no contemplado en la norma penal», como destaca la STS de 6 de mayo de 1988, Ponente Sr. García Estartús. En el ámbito de las relaciones internas de la Administración, pues, sí parece que el fundamento en interés de las figuras sancionadoras estaría ligado al prestigio y dignidad de la función (STS de 3 de junio de 1987, por ejemplo). La finura del deslinde es, en nuestra opinión, un tanto artificiosa y ambigua. El bien jurídico categorial de los delitos contenidos en el Título XIX del Código Penal, denominados «De los delitos contra la Administración Pública —ya no, «delitos de los funcionarios»— es exactamente el mismo y los específicos tintes del interés protegido en cada figura delictiva en particular no resultan fácilmente deslindables. Lo que, a nuestro juicio y a los efectos de este trabajo, queda más claro aún es que el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP en modo alguno puede ser objeto de doble punición o castigo, en sede penal y administrativa, pues parece evidente que en tal caso ha de darse necesariamente la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento), siendo en abstracto imposible pensar en la existencia de una infracción administrativa que de un modo autónomo y con distinto fundamento, castigue el hecho del dictado de una resolución penalmente prevaricadora.

Y si el delito de prevaricación administrativa es, como sabemos, un delito especial propio, en el que, en principio, el desvalor contemplado por el Derecho Penal no alcanza a la organización interna de la Administración, más aún cabría decir de los delitos impropios, es decir, de aquellos tipos especiales que tienen un delito correlativo o paralelo común. En estos casos, es evidente que la mayor penalidad que éstos comportan, como consecuencia de la participación en el hecho de un funcionario público, creando un subtipo agravado, ya incluye el desvalor propio de dicha participación, por lo que la doble punición, penal y administrativa a todas luces sería desproporcionada.

Otro dato más, incidente en la misma línea interpretativa que defendemos, es el de considerar la pena impuesta como principal o accesoria. Éstas últimas se

encuentran supeditadas a la aplicación de otras penas principales, cuyos efectos amplifican o complementan. En ambos casos constituyen privaciones o restricciones de derechos, por lo que en este sentido participan de la misma naturaleza y principios. No obstante, entendida la pena como *negación* del delito en el sentido de anular el desorden contenido en la aparición del delito (PESSINA), así como la necesaria correlación cualitativa entre delito y pena, ello nos hace considerar que en el caso de la pena principal el mal infligido por el Estado debe entenderse como un todo unitario en retribución del hecho cometido; la retorsión del Derecho por obra del Estado sobre la individualidad humana se efectúa de un modo unitario y global, sin necesidad alguna de pena complementaria o amplificadora. También en este caso, el de las penas accesorias, igualmente entendemos que habría de efectuarse un estudio pormenorizado de cuál es el mal retribuido por el Derecho con la imposición de la pena complementaria, pues de abarcar el interés *ad intra* de la Administración, también habría de defenderse la interdicción del *bis in ídem*.

En definitiva, nos encontramos ante una cuestión compleja y con múltiples aristas interpretativas y, en la mayoría de los casos, de entendimiento abstracto. Debemos quedarnos, por tanto, con un par de conclusiones de corte más pragmático y principales. En primer lugar, la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia en cuanto que la excepción al *bis in ídem* de las relaciones de sujeción especial tiene una única explicación, que obedece a que el fundamento de la sanción disciplinaria sea completamente distinto al de la sanción penal. No han de coincidir, en suma, los intereses protegidos por una y otra norma. Finalmente, con el Profesor NIETO tenemos que coincidir en el puro pragmatismo de nuestra jurisprudencia práctica:

«Cuando un principio no tiene aplicable posible —o no se quiere aplicar— en la práctica, entonces, para justificar su bloqueo, se acude al subterfugio de invocar la presencia de una relación de sujeción especial o de una variedad de intereses protegidos: los funcionarios han de aceptar la doble sanción (penal y administrativa) o bien por considerar que se encuentran en una relación de sujeción especial, o bien porque se entiende que son diversos los bienes e intereses protegidos. El hotel que contamina aguas lesiona, por un lado, el medio ambiente y, por otro, la imagen turística.

Un planteamiento que provoca la inquietante duda de si se trata de una justificación a posteriori inequívocamente pretextual o si, por el contrario, supone una justificación legítima»²⁵⁴.

Finalmente, no debemos olvidar, ya centrados en el caso de la prevaricación administrativa prevista en el art. 404 CP, que desde el Código Penal de 1995, la prevaricación culposa o negligente ya no se encuentra tipificada, lo que reafirma nuestras conclusiones sobre la inviabilidad del *bis in ídem*, pues si la actuación fuese dolosa, operaría el tipo penal y si, en cambio, fuese culposa o negligente, quedaría expedita la vía disciplinaria.

²⁵⁴ NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, 4ª Ed., Pág. 511.

**XX – PREVARICACIÓN
ADMINISTRATIVA Y EL
JUICIO POR JURADO**

XX - PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL JUICIO POR JURADO

Conforme al artículo 5.2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, «en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación», constituyendo la regla negativa más taxativa a la posibilidad de extender el enjuiciamiento a los delitos conexos por parte del Tribunal del Jurado. Como es natural, el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP no se encuentra dentro de la lista de aquellos que son competencia de dicho Tribunal (artículo 1 de la LOTJ).

El artículo 125 CE establece que «los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine». Siendo, como hemos dicho, que la LOTJ determina tajantemente la exclusión del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP.

La exclusión se efectúa aun por relación de conexidad, suponiendo, en su caso, que, si todos los demás delitos enjuiciados entraran en el ámbito competencial del Jurado, la sola imputación de prevaricación haría decaer la competencia del Tribunal del Jurado, en favor del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial correspondiente.

Se trata, por tanto, de una excepción categórica a las reglas de conexidad, siendo la única excepción prevista por la LOTJ de lo que se ha venido a denominar la «fuerza atractiva»²⁵⁵ del Tribunal del Jurado, en relación con los delitos conexos.

²⁵⁵ Aunque esa «fuerza atractiva» no es, ni mucho menos, compartida por la doctrina. Así por ejemplo HURTADO ADRIAN, J. A., quien en *Competencia y Conexidad en la Ley del Jurado*, Dykinson, 2001, página 49, sostiene todo lo contrario: «Hay quien ha querido ver en esa excepción a las reglas de conexidad que, puesto que el legislador ha excluido de forma tan categórica el delito de prevaricación del conocimiento del Tribunal del Jurado, ello encierra la tácita conclusión, amparada en esa supuesta fuerza atractiva que se pretende lleva ínsita la LOTJ, que

El motivo de la exclusión específica del delito de prevaricación es «su excesiva complejidad», a tenor de lo indicado en la Exposición de Motivos de la Ley, apartado II:

«Se han seleccionado aquellos delitos en los que la acción típica carece de excesiva complejidad o en los que los elementos normativos integrantes son especialmente aptos para su valoración por ciudadanos no profesionalizados en la función pública judicial».

BACIGALUPO, en cambio, ha señalado que

«en lo que concierne a la complejidad, no cabe duda de que el legislador se ha equivocado al suponer que el catálogo del artículo 1 de la LOTJ constituyen “delitos en los que la acción típica carece de excesiva complejidad o en los que los elementos normativos integrantes son especialmente aptos para su valoración por ciudadanos no profesionalizados en la función judicial”. En efecto, por poner solo algunos ejemplos, los delitos de homicidio o asesinato, la omisión de socorro debido, los delitos contra el honor, los incendios forestales o el tráfico de influencias, son delitos de inmensa complejidad»²⁵⁶.

También MUELA ESPARZA ha dicho, expresivamente, que «¿De verdad, se puede decir que el delito de malversación de caudales públicos es un tipo sin complejidad?»²⁵⁷.

Por nuestra parte, la coincidencia es total. No tiene ningún sentido que uno de los bloques de delitos sometidos a enjuiciamiento a través del proceso del Tribunal del Jurado sean los cometidos por los funcionarios públicos (o delitos contra la Administración Pública), tales como infidelidad en la custodia de

siempre que alguno de los delitos en concurso sea de los que aparecen en del catálogo del artículo 1, que todo ese concurso se deberá juzgar conjuntamente por el Jurado Popular, ya que, la única excepción a enjuiciar por este Tribunal es para el delito de prevaricación (así lo entiende la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en auto de 27 de septiembre de 2000). No comparto tal opinión, por un lado, porque no creo que la LOTJ posea tal atractiva...».

²⁵⁶ BACIGALUPO, E. *Cuestiones actuales del Jurado*, Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa», Dykinson, 2004, páginas 18 y 19.

²⁵⁷ Jornadas sobre el Jurado en España celebradas en la Universidad de La Rioja, 2013.

documentos, cohechos, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales o negociaciones prohibidas a los funcionarios, que son delitos, todos ellos, de alta complejidad técnica y, sin embargo, se excluya el delito de prevaricación que, a mi juicio, no resulta menos complejo que alguno de los tipos señalados.

También la Circular 3/1995, de 27 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, «sobre el proceso ante el Tribunal del Jurado: su ámbito de aplicación», explícitamente indica que

«el art. 5.2 de la Ley excluye en forma tajante el delito de prevaricación de entre los que pueden ser conocidos por el Tribunal del Jurado, pues aun en el supuesto de que sea conexo a otro delito competencia del Jurado su enjuiciamiento deberá efectuarse por separado en otro procedimiento. No se alcanza a comprender del todo la causa de tal exclusión. Si se debe al hecho de considerar insalvable la dificultad que representará para los jurados emitir veredicto sobre el carácter justo o injusto de una determinada resolución, también debiera haberse excluido de este procedimiento el delito de cohecho, que exige igual valoración (aunque sea cierto que en la prevaricación ello constituya el hecho nuclear y en el cohecho una circunstancia determinante de la imposición de mayor o menor pena). Además, en ocasiones no será fácil separar, como exige el art. 5.2 de la Ley, del Jurado, el enjuiciamiento de los delitos de cohecho y prevaricación cuando uno haya sido medio para la comisión del otro: ello podría suponer la ruptura de la continencia de la causa y un abierto peligro de posibles resoluciones contradictorias. Aun con todo, el mandato legal es claro y, consecuentemente, ningún delito de prevaricación podrá enjuiciarse por el Tribunal del Jurado».

La exclusión del delito de prevaricación, como vemos, es una cuestión ligada esencialmente a la conexidad. Y la conexidad, a su vez, es un concepto penal híbrido entre su aspecto procesal y el sustantivo o material, pues también queda ligado a un brumoso concepto, como es el de la «continencia de la causa».

Sin entrar en un examen exhaustivo sobre la cuestión, diremos que la regla de *un delicto, una causa* (artículo 300 LECrim²⁵⁸, ya derogado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales) forma parte ya de la historia en pro de medidas de «racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación», evitando con ello situaciones de «elefantiasis procesal» (Preámbulo de la Ley 41/2015). En suma, en lo que aquí nos atañe: (i) la conexidad (artículo 17 LECrim) depende ahora de medidas de «racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso», (ii) pero, en todo caso, la *partición* del proceso en varios, tiene un límite que es mantener «la continencia de la causa» y (iii) pese a todo, en el caso del delito de prevaricación, la conexión nunca puede darse, aun cuando el resto de delitos enjuiciados sea competencia del Tribunal del Jurado, de tal modo que, o la presunta prevaricación se juzga por separado —si ello no rompe la continencia de la causa—, o bien todo el enjuiciamiento pasa al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial (*continentia causae dividi non debet*, dice el aforismo latino).

No obstante, todo este galimatías, según nuestra opinión, nos sugiere problemas diversos.

Para empezar, dividir las causas por motivos externos a la realidad del iter delictivo, pues de eso se trata, salvo que se rompa la continencia, puede suponer la aparición de prescripciones de algunos delitos, pues el criterio común supone que el enjuiciamiento de varios delitos conexos implica que el plazo de prescripción sea común, referido a aquél que disponga del periodo mas largo, como ha destacado el Tribunal Supremo en uno de sus Acuerdos no jurisdiccionales²⁵⁹.

²⁵⁸ La versión originaria de la LECrim disponía en su artículo 300 lo siguiente: «Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso».

²⁵⁹ Acuerdo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010: Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho

Por otra parte, el concepto de «continencia» se refiere al principio de indivisibilidad de la causa (aun formando piezas separadas, ex artículo 762.6^a LECrim, pues ello requiere que «existan elementos que permitan enjuiciar con independencia»); COUTURE lo define como un «principio que rige el desarrollo del proceso, según el cual las pretensiones conexas entre sí deben debatirse en un mismo juicio y ser decididas, en tanto sea posible, en una misma Sentencia»²⁶⁰. Como vemos, el concepto indeterminado «en tanto sea posible» sufre de gran indefinición, agravada por la previsión legal novedosa que añade el concepto de «racionalización» de la envergadura de la causa.

El Tribunal Supremo nos ha facilitado ciertos criterios sobre la continencia, fundamentados en la «progresión del ataque» o en que «las acciones se desarrollen en un marco temporal y de lugar» (SSTS de 17 de octubre de 2001 y de 15 de marzo de 2002), que vuelven a dejar abierta la cuestión; la «elasticidad» de las cuestiones de competencia, como señala BACIGALUPO²⁶¹, vuelven a ponerse de manifiesto con ciertos acuerdos de la Fiscalía General del Estado, recomendando reducir al máximo el enjuiciamiento de las causas ante el Tribunal del Jurado²⁶².

Nuestra opinión, finalmente, coincide con lo expresado más arriba. No existe justificación suficiente para que el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP quede excluido del conocimiento del Tribunal del Jurado, si atendemos a las razones dadas por el legislador y relativas a la complejidad normativa del tipo. Como se ha dicho, otros tipos sí incluidos son efectivamente tanto o más complejos que el de prevaricación (malversación de caudales,

plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado.

²⁶⁰ COUTURE, F., *Vocabulario Jurídico*, Ed. B de F, 2010.

²⁶¹ BACIGALUPO, *Op. Cit.*, página 17.

²⁶² 30 medidas urgentes propuestas por la Fiscalía General del Estado para agilizar la Justicia, como consecuencia de la pandemia ocasionada por el COVID-19.

diversos tipos de cohecho), que además es frecuente que concurra en situación concursal.

Según los principios que venimos defendiendo en esta investigación, el elemento nuclear del delito de prevaricación administrativa, como tipo genérico, básico y residual, no es la contradicción con el ordenamiento jurídico, la ilegalidad de la conducta, que prácticamente es algo consustancial a la descripción; para esa depuración *fin*a de la legalidad administrativa está la jurisdicción contenciosa y no la penal, que de otro modo carecería del espacio ocupado por las ilegalidades más graves. Lo importante en el delito de prevaricación, lo que cualifica el pase de la conducta al Código Penal es el desprecio por la aplicación recta de la ley, la aplicación del capricho y su sola voluntad por parte del funcionario o autoridad pública, lo que llamamos pura arbitrariedad con plena consciencia del apartamiento de la ley y de su propósito.

El Tribunal del Jurado está perfectamente capacitado —si lo está para determinar los elementos determinantes de un tipo de cohecho, de malversación de caudales o de fraude o exacciones ilegales— para encontrar los hechos punibles que son, realmente, objeto de la prevaricación.

El dolo directo y la acción deliberadamente caprichosa es quizás la más fácil percepción que el Tribunal del Jurado pueda efectuar. Y es este, en nuestra opinión, el elemento capital. No encontramos razones de peso para que el enjuiciamiento de los delitos contra la Administración pública se residencien en el sede del Tribunal del Jurado, con la sola excepción del delito de prevaricación que, casi, es el que con mayor facilidad puede percibir el Jurado, si dicha percepción se ciñe a la intención y a la realidad de la voluntad del autor, pues obviamente no cabe pedir al Jurado un juicio jurídico, como no sucede en el caso de la malversación o en el tráfico de influencias.

Da la impresión, en suma, que el legislador cree que el delito de prevaricación se consuma con una ilegalidad gravísima, y que ello no puede ser decidido por legos en Derecho. Sin embargo, la determinación de una «ilegalidad gravísima», por sí sola, no es constitutiva de delito, salvo que, además, sea producto de la torcida voluntad del funcionario.

**XXI – PREVARICACIÓN
ADMINISTRATIVA Y
PENALIDAD**

XXI - PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y PENALIDAD

El art. 404 CP castiga al que hubiere cometido prevaricación 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.

Este efectivo rango de penalidad (de nueve a quince años) es fruto de la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, que efectúa un *refuerzo* punitivo de las conductas comprensivas de corrupción en la Administración Pública. Se produce en virtud de esta Ley de 2015 un aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público en diversos delitos, tales como prevaricación, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, en la apropiación indebida y administración desleal cometida por funcionario público, frades y exacciones ilegales, entre otros.

En el delito de prevaricación administrativa en particular, la elevación del castigo supone pasar de una pena en abstracto de siete a diez años de inhabilitación especial (prevista desde el Código Penal de 1995), a la indicada de nueve a quince años, más la imposición adicional de otra pena de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo²⁶³.

Nuestra postura es contraria a esta estrategia penológica.

Ya desde hace muchos años, la doctrina viene reclamando un significativo aumento de la carga punitiva en el delito de prevaricación administrativa, incluso tildándola de «extraordinariamente benigna»²⁶⁴. La cuestión es simple (que no sencilla), mezclándose —en nuestra opinión— una serie de factores heterogéneos que no conducen a conclusiones sin matices o aristas. En primer término, la clave del asunto se encuentra en traspasar o no la frontera de imponer penas privativas

²⁶³ El Código Penal español de 1973 castigaba el delito de prevaricación administrativa, previsto en el art. 358, con la pena de inhabilitación especial. Dicha pena, según el art. 30 del mismo Código, tenía un recorrido de seis años y un día a 12 años.

²⁶⁴ Así, por ejemplo PUIG PEÑA, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 1998, pág. 300.

de libertad como respuesta al delito de prevaricación. Sobre este particular, me parece muy acertado el razonamiento de GONZÁLEZ CUSSAC²⁶⁵, al afirmar que dicha pena carece de sentido en un delito de mera actividad, como es calificado mayoritariamente en la doctrina (y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo) el delito de prevaricación²⁶⁶. El principio de legalidad y de proporcionalidad, la medida del injusto y el verdadero desvalor del hecho no conducen, en nuestra opinión a la imposición de tan radical pena, cuando el injusto se circunscribe a un *hecho administrativo*, perfectamente subsanable en cuanto a sus efectos frente a terceros, en la mayor parte de los casos. Cosa distinta, lógicamente, serán los supuestos concursales con otros delitos, que por lo demás viene a ser el caso más habitual. Con GONZÁLEZ CUSSAC coincidimos, pues, en que el delito de prevaricación, sin resultado dañoso que pertenezca al tipo, por sí solo, no puede ser merecedor de tal alto grado de punición.

Asimismo, desde una perspectiva de prevención general, elevar la inhabilitación especial por un mayor número de años no supone mayor efectividad, pues con independencia de la duración de la inhabilitación, la misma supone la privación definitiva del empleo o cargo afectado, siendo que el condenado, una vez vencido el término de la condena, habría de volver a pasar por el filtro del proceso selectivo para el acceso a la función pública, salvo el caso excepcional y discrecional de la *rehabilitación* en los términos del art. 68 del Texto Refundido de la Ley reguladora del Estatuto Básico del Empleado público (y 6 del RD 2662/98, de 11 d diciembre), al que luego nos referiremos. En el caso de los cargos electivos, la extensión de la inhabilitación implica la imposibilidad de ser elegido durante el tiempo de la condena, si bien en la práctica no parece que se

²⁶⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 135.

²⁶⁶ Y citamos *supra* la STS 391/2014, de 8 de mayo (FJ 11), Ponente, Sr. Maza Martín y la SAP de Málaga de 10 de octubre de 2000, sobre el carácter de delito de «mera actividad». En contra de la doctrina mayoritaria, sin embargo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO ha manifestado su opinión divergente, sosteniendo que la prevaricación es un delito «de resultado», siendo la propia resolución arbitraria el resultado típico, producto de la conducta de «dictar» la misma.

den retornos a la actividad política o pública en este tipo de casos, sea cual fuere la extensión temporal de la inhabilitación.

Por otro lado, nos encontramos con el tratamiento punitivo de los partícipes no funcionarios.

En el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, como sabemos, aun siendo un delito especial, se admiten todas las formas de participación criminal, con excepción de la autoría directa que, según hemos expuesto, solo puede atribuirse al funcionario o autoridad competente que haya dictado la resolución prevaricadora (STS de 27 de julio de 2015, Ponente Sr. Saavedra Ruíz), lo que tiene una importancia decisiva en orden a la efectiva penalidad que se imponga. El delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP es, asimismo, un delito especial y *propio*, circunstancia determinante de que no exista título de imputación alternativo en el que encajar la conducta ilícita del colaborador en el hecho prevaricador, lo que determina una insatisfacción ontológica, desde el punto de vista de la política criminal y desde un Derecho Penal *de bienes jurídicos*; ¿cuál será entonces el interés vital que protege el tipo penal respecto a un tercero, completamente ajeno a la vinculación especial *de deber* que compete sólo al funcionario? Si a esta pregunta —sin clara respuesta— añadimos la rebaja de penalidad que corresponde a los partícipes en que no recaiga la condición de funcionario o autoridad competente, derivada del art. 65.3 CP²⁶⁷ (disminución de la pena en grado), nos encontramos con que el agravamiento de la pena de inhabilitación especial, sumando un mayor número de años, carece de relevancia práctica para los partícipes no funcionarios.

²⁶⁷ la Ley de reforma 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo un nuevo apartado 3 al art. 65 CP: «Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción que se trate». Pese a la falta de referencia de dicho artículo al cómplice, el Tribunal Supremo zanjó la cuestión, declarando aplicable el citado precepto por analogía *in bonam partem*. Se aplicaría así una «doble rebaja», en dos grados, la propia de la complicidad del art. 63, más la derivada del 65.3 CP (SSTS de 8 de mayo de 2014 y de 3 de junio de 2015).

La afección al principio de proporcionalidad es, a nuestro juicio, muy clara. Se puede imponer a un mero partícipe funcionario, por ejemplo, un cómplice cuya contribución al hecho delictivo no fuere determinante, incluso en términos extremos de complicidad omisiva (STS de 16 de septiembre de 2010, Ponente Sr. Marchena Gómez) una pena de inhabilitación especial, que resulta mucho más grave para sus circunstancias personales (pues produce la pérdida definitiva del cargo) que la que pueda imponerse a un, por ejemplo, inductor del delito que carezca de dicha condición, que, no siendo funcionario nada perderá, por muchos años que dure aquélla, salvo la aptitud para su obtención mediante un proceso selectivo y con arreglo a los principios de mérito y capacidad.

20.1.- ALCANCE Y EXTENSIÓN DE LA INHABILITACIÓN ESPECIAL

Conforme al Código Penal y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, la pena de inhabilitación para empleo o cargo público puede tener carácter principal (art. 42 CP) o accesorio (art. 56)²⁶⁸. Sólo en este último caso se exige para la imposición de la pena una «relación directa» entre el delito sancionado y el empleo o cargo que se priva. En caso de que la pena sea impuesta como principal, en cambio, la inhabilitación puede alcanzar no solo al empleo o cargo en el que se cometió el delito (en este asunto, el cargo de Interventor) sino también a «otros análogos», tal y como expresa el art. 42 CP.

En ambos casos, no obstante, la sentencia debe «especificar los empleos cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación», bien en términos de *analogía* (art. 42 CP), bien en términos de *relación directa* (art. 56 CP). En todo caso, aunque también las penas principales reclaman una conexión fáctica con la infracción criminal, como señala la doctrina,

«puede resultar perturbador que solo el art. 56 califique como “directa” la relación con el delito cometido. Tal vez la conclusión más acertada sea

²⁶⁸ Las penas accesorias están supeditadas a la aplicación de otras penas principales, cuyos efectos amplifican o complementan. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, Obra conjunta coordinada por DEL MORAL, A., y por dicho autor, Ed. Comares, 2001, p. 719.

interpretar conjuntamente el sentido de todas estas sanciones y trasladar dicha exigencia a las penas principales»²⁶⁹.

Entrando en el fondo de la cuestión, lo cierto es que el Tribunal sentenciador debe hacer un pronunciamiento expreso y motivado para determinar el alcance de la pena de inhabilitación especial que conlleva el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP. En cuanto a las reglas interpretativas que consideramos adecuadas para efectuar dicho pronunciamiento se encuentran la analogía (citada por el art. 42 CP) y los principios de legalidad y proporcionalidad.

a) En relación con la analogía.

La interpretación analógica *in malam partem* —en principio, autorizada por el art. 42 CP, pues admitida la analogía, habrá de admitirse dicho criterio en toda su extensión, incluso en aquello que no favorezca al reo— constituye un método de integración de la ley que debe acogerse con sumo cuidado, por exigencias del principio de legalidad. Será necesario efectuar una labor integradora estricta y en contraste con la «relación directa» que prevé el art. 56 CP. Apuntamos que la distinción entre *integración* (que es la operación que a nuestro juicio procede) e *interpretación* (sumida, en última instancia, en un mayor arbitrio judicial al determinar el monto punitivo) es de trascendental importancia, pues supone aceptar la existencia de un límite externo que sirva de parámetro para advertir cuándo estamos ante una interpretación correcta de la norma y cuando, en cambio, no lo estamos.

La doctrina del Tribunal Constitucional en este punto es consistente, declarando que, en todo caso, «los órganos judiciales, en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales se encuentran, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, en situación de sujeción estricta a la ley penal, estándoles vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las

²⁶⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Comentarios al Código Penal*, Obra conjunta dirigida por CONDE PUMPIDO, Ed. Trivium, 2016, pág. 1075.

normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan» (STC nº 229, de 18 de diciembre de 2003).

b) En relación con el principio de legalidad.

El principio de estricta legalidad penal se proyecta en este caso en una doble vertiente: i) por un lado, material, en la obligación de que la determinación de los cargos o empleos afectados por la condena sean entendidos «en un sentido restrictivo y no omnicomprendivo», como ha destacado numerosa jurisprudencia²⁷⁰, y en la vinculación del principio de legalidad con los fines de la pena, tanto de prevención general como especial; ii) y por otro, formal, en el sentido de la obligatoriedad de la sentencia penal de precisar la clase o naturaleza del cargo público en que se inhabilite al condenado.

Como hemos señalado, el art. 42 CP exige que la sentencia especifique los empleos cargos y honores afectados. Debemos llamar la atención también sobre una importante circunstancia de pura legalidad. Esta precisión de la Ley penal (art. 42 CP) no puede extenderse, casi automáticamente, con la misma amplitud con la que sucede en el caso de la sanción disciplinaria de separación del servicio que, ontológicamente, debe ser de menor gravedad; o que la inhabilitación absoluta a que se refiere el art. 41 CP. Es esta la precisión que la Sentencia condenatoria debe hacer, valorando y ponderando la gravedad de los hechos y el grado de su atribución al autor.

Tal y como señala la STS de 15 de febrero de 1995, Ponente Sr. Moner Muñoz, la sentencia que condene «*sin efectuar la obligada mención* de para qué cargo en concreto se le suspende supone una potencial inseguridad para el condenado, una gravísima dificultad para la ejecución y un plus de penalidad al quedar el cumplimiento de la misma a la discrecionalidad de la Administración», lo que en nuestra opinión vulneraría el principio de legalidad penal y el art. 117.3 CE.

Tampoco cabe que la inhabilitación abarque *in genere* todo empleo o cargo que pueda derivarse de la pertenencia del funcionario a un cuerpo administrativo, pues no es esa la interpretación de nuestra jurisprudencia, que excluye pronunciamientos *in genere*, debiendo efectuarse «en sentido restrictivo y no omnicomprendivo». Así, de nuevo, la STS 28 de noviembre de 1984, tratándose

²⁷⁰ Así, por ejemplo, las SSTS de 18 de octubre de 1993 y 6 de junio de 1997.

de un delito de denegación de auxilio, señala que la inhabilitación debía venir limitada al transporte de enfermos y heridos exclusivamente, siendo este un ejemplo de la precisión con que la jurisdicción penal tiene encomendado pronunciarse.

c) En relación con el principio de proporcionalidad.

Derivado de la legalidad, en su vertiente material, y junto con él, el principio de proporcionalidad define la práctica penal en un Estado de Derecho, marcando la superación del Derecho Penal del Antiguo Régimen.

La proporcionalidad *concreta* (en el ámbito de la imposición de penas) permite completar las exigencias del principio de culpabilidad, que en sí mismo no garantiza la adecuada y necesaria proporción entre delito y pena. Siendo que la gravedad del hecho ha de abarcar todos aquellos aspectos que ayuden a delimitar un enjuiciamiento lo más completo posible, no puede considerarse superficial atender al grado de participación del condenado en el delito. Ha de atenderse, por tanto, y profundizarse en ello, al desvalor de la acción cometida, al grado de participación y su efectiva afectación al bien jurídico, para determinar la gravedad intrínseca del hecho y la efectiva correlación de la pena impuesta. Este ámbito de arbitrio judicial está, como toda discrecionalidad, jurídicamente vinculado por ciertos principios, derivados de declaraciones legales expresas, de los fines de la pena y de los límites en general del Derecho Penal. En esta tesitura, el principio de proporcionalidad ha de ser el eje definidor de esa decisión judicial, sin que, por otro lado, sea aceptable la instrumentalización del reo con fines exclusivos de prevención general.

La gravedad del hecho, a estos fines, equivale a desvalor de la conducta pues no puede referirse a la gravedad genérica del delito, toda vez que esa gravedad ya ha sido contemplada por el legislador al fijar la pena en abstracto.

El hecho, en concreto, es que el condenado puede perfectamente desempeñar un empleo público que carezca de la más mínima relación con la función en la que el delito tuvo lugar, apartándose con ello de la fuente del hecho delictivo y sufriendo la punición respecto del ámbito estricto que el hecho supone, perdiendo las remuneraciones y honores propios del cargo, pero sin sufrir una represión más allá del bien jurídico protegido por hecho punible, y perdiendo con ello la simple condición de funcionario y su medio de vida, aun en cualquier otro puesto de trabajo, alejado de la fuente de peligro.

Por otro lado, debemos hacer ciertas precisiones en relación con las repercusiones sobre el principio acusatorio.

El art. 42 CP obliga a la concreción del cargo o empleo sobre el que recaiga la inhabilitación, coincidente con aquél en el que se cometió el delito, debiendo declararse igualmente aquéllos «otros análogos» sobre los que recae la imposibilidad de su obtención durante el tiempo de la condena.

Dice la STS de 30 de abril de 2015, Ponente Sr. Conde-Pumpido, muy expresivamente, que:

«Constituiría una burla al respecto que los ciudadanos deben al buen funcionamiento de los poderes públicos, que la pena de inhabilitación se limitase al cargo específico en el que se cometió la prevaricación, y permitiese al condenado seguir cometiendo esta clase de delitos en otro cargo análogo (...) con la única excepción de poder mantener su puesto de trabajo como funcionario, si lo tuviera».

En este contexto de necesaria especificación por la sentencia condenatoria, no obstante, debe recordarse también la doctrina del Tribunal Supremo, sobre trascendencia que tiene el principio acusatorio para el alcance del pronunciamiento judicial; así, por ejemplo, en reciente sentencia de 19 de mayo de 2016, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre, el Alto Tribunal ha señalado que:

«El caso que se analiza ofrece la peculiaridad de que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas acotó la inhabilitación especial en relación a este acusado el cargo de Jefe Provincial de Tráfico o funcionario de la Dirección General de Tráfico, por lo que la imposición de una sanción más gravosa vulneraría el principio acusatorio, causando indefensión al recurrente».

Sentencia plenamente acorde con el criterio instaurado por el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 2006, recogido en las sentencias posteriores de la misma Sala.

El sistema acusatorio que rige nuestro proceso penal impide que el Juez o Tribunal aplique la inhabilitación al margen de la petición del Ministerio Fiscal. Los Jueces y Tribunales no son parte acusadora en el proceso, limitándose a dar

respuesta a las pretensiones punitivas postuladas por quienes tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal. Como señala el Tribunal Constitucional,

«en su esencia, el sistema acusatorio impone una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas —acusador y acusado— resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas, con una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: la acusación, propuesta y sostenida por una persona distinta a la del Juez; la defensa, con derecho y facultades iguales al acusador; y la decisión, por un órgano independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio (STC 53/1987)».

Y dice también el Tribunal Constitucional que «es condición insoslayable para entender respetado el principio acusatorio que la pretensión punitiva se exteriorice, al objeto de ofrecer al imputado la posibilidad de contestarla, rechazarla o (STC 319/1994). Desvirtuarla. Asimismo, dicho principio acusatorio implica «una correlación entre lo pedido y el pronunciamiento de la sentencia, con un carácter de límite máximo si fuere condenatoria, coherencia que no solo es cuantitativa sino cualitativa (STC 55/1993)».

Defendemos, por ello, la imposibilidad de alterar o extender el contenido del fallo, contra reo, en el plano de legalidad formal y de vigencia del principio acusatorio, ínsito en los arts. 24.2 CE y 6.1 CEDH. Ha de recordarse, también, la opinión del Tribunal Constitucional en cuanto a que «en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos» (STC 32/1987, de 10 de marzo).

20.2.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad resulta inherente al Estado de Derecho²⁷¹ y a sus principios y valores esenciales, aplicándose por consiguiente a todas las ramas del derecho y, muy especialmente, en el ámbito punitivo del Estado²⁷².

²⁷¹ Con tal carácter ha sido definido por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo español en numerosas sentencias, ya desde la entrada en vigor de nuestra Constitución de 1978 (STC 65/1986 y SSTs 10-281, 7-4-82, 29-1-83, etc.).

La proporcionalidad como regla penal ya fue formulada en el art. 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798, al referirse a «penas estricta y evidentemente necesarias», también en el art. 8 DUDH; por remisión, este principio elemental se encuentra recogido en el art. 10.2 CE²⁷³.

Si bien en el ámbito del Derecho Penal la *proporcionalidad* del poder punitivo del Estado parece un principio claro y fundamental, no dejan de encontrarse aristas entre la virtualidad real de dicho principio, evitando su mera utilización «pretenciosa» (DÍEZ RIPOLLÉS), en contraposición al sacrosanto principio de legalidad penal. A nuestro juicio, esa aparente contradicción sustancial, a veces puesta de manifiesto por la doctrina²⁷⁴, es, en efecto, aparente, siendo la solución a cualquier fricción entre ambos una adecuada motivación de las resoluciones judiciales (art. 72 CP). La proporción, como medida de la culpabilidad, ha de estar siempre referida a un marco legal, que es precisamente aquél que debe ser aplicado con la necesaria medida de proporcionalidad, operación para lo que resulta capital un discurso motivado y razonado, sin que ello tenga que ver con la pura aritmética penológica, sino que corresponde más bien a un segundo estado. No se trata, en definitiva, de dejar el principio de legalidad en segundo plano, sino en la aplicación proporcionada de los medios de castigo arbitrados por el Estado.

²⁷² Así, por ejemplo, se pronuncia HUERTA TOLCIDO, S., en *Principio de legalidad y normas sancionadoras*. Ed Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, págs. 11 y siguientes.

²⁷³ Aun cuando pueda decirse que exista cierta controversia sobre la ubicación sistemática del principio de proporcionalidad en la Constitución Española (arts. 9.3, 10.1 y 2, 14, 15, 25), , nos parece claro que, al menos, en el art. 10.2 CE es indudable que se encontraría incluido (art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»).

²⁷⁴ SÁNCHEZ MARTINEZ, O. *Los principios en el Derecho y la dogmática penal*, Ed. Dykinson, 2004, p. 108.

Como ha dicho DE LA MATA, es una necesidad «tecnificar»²⁷⁵ el juicio de proporcionalidad para dotar de sentido al principio. E importante es destacar, también, la concepción garantista de nuestro Derecho Penal —prácticamente unánime en la doctrina²⁷⁶— que permite señalar, con arreglo a criterios de proporcionalidad, máximos de penalidad pero no mínimos irreductibles, derivado de razones de prevención especial.

En el caso del delito de prevaricación del art. 404 CP, para esa concreción, resultan de vital importancia dos aspectos, uno el monto cuantitativo de la inhabilitación especial (de nueve a quince años, como pena principal), y dos, el aspecto cualitativo, referido a la determinación del empleo, cargo o función que resulta afectado por la inhabilitación, siendo este segundo aspecto de igual o mayor importancia que el primero, pues como ya hemos dicho al abordar esta cuestión, lo cierto es que sea cual sea la duración, cualquier inhabilitación implica la pérdida del cargo con un carácter definitivo, diferenciándose así de la suspensión (que no implica pérdida) y de la inhabilitación absoluta (que afecta a cualquier cargo o empleo público).

El delito de prevaricación administrativa es, en este sentido, peculiar. Su carácter residual («cajón de sastre»²⁷⁷ a donde reconducir aquellos comportamientos *muy graves* que no encajan en algún otro tipo especial de prevaricación: arts. 320, 322, 329, 405 o 446 CP) viene a complicar un tanto las cosas, pues en él caben comportamientos y acciones sumamente graves o muy leves, siendo que la aflicción mínima ya supone un grave quebranto para el funcionario público que ve extinguida su relación de servicio. La pena prevista por el legislador, en abstracto, recientemente aumentada (Ley 1/2015) en un alarde de inflación penológica —poco útil a nuestro parecer— ha de ser

²⁷⁵ DE LA MATA BARRANCO, N., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 87.

²⁷⁶ LUZÓN, GARCÍA ARÁN, CHOCLA, SILVA, citados por DE LA MATA, Ob. Cit., pág. 254.

²⁷⁷ VIRTOS LARRUSCAÍN, M.J., *EL delito de prevaricación del funcionario público en ASÚA BATARRITA* (Ed.): «Delitos contra la Administración Pública», PVAP, 1997, pág. 133.

concretada, como decíamos, desde una perspectiva cualitativa, operación en la que deben tenerse en cuenta diversos criterios.

Está doctrinalmente admitido que no debe ser la gravedad genérica del delito la que sirva de parámetro de proporcionalidad, pues dicha gravedad ya ha sido contemplada por el legislador para fijar la pena en abstracto. Esto es completamente lógico y cierto, pero en este delito *residual* y *en blanco*, en el que caben múltiples conductas de muy diversa gravedad, la cuestión no es tan sencilla. La gravedad del hecho, en nuestra razón, y por la razón apuntada, no puede ser un elemento descartado para la determinación del monto de la pena. Otro elemento decisivo en esta tarea será el que llamamos funcionalidad del delito, es decir, el contraste y verificación de que con la imposición de una pena en concreto, ha de darse por cumplida la finalidad de prevención especial. Sobre este particular, más que el monto cuantitativo (pues en todo caso, se extingue la relación funcional), interesa el alcance y extensión de la inhabilitación especial a un cargo u otro. Ya se ha destacado *supra* cómo entendemos que ha de producirse la concreción, cómo afecta el valor de la proporcionalidad y el empleo de la analogía como criterios interpretativos, por lo que a ello nos remitimos. El principio de igualdad y el grado de afección al bien jurídico protegido han de ser otros elementos de gran valor para efectuar el contraste. No puede ser igual un hecho prevaricador relativo, pongamos por caso, a una resolución sancionadora sobre tráfico de ínfima cuantía, que otra de varios millones de euros, relativa al derecho de la competencia o de daños medioambientales. E, igualmente, como hemos dicho, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero sí podría ser inferior a dicha medida, por razones de prevención especial, dentro del abanico establecido por el legislador.

**XXII – ANULACIÓN DE
ACTOS ADMINISTRATIVOS
POR LOS TRIBUNALES
PENALES**

XXII - ANULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS POR LOS TRIBUNALES PENALES

Abordamos ahora una espinosa cuestión, sobre la que ya adelantamos la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios que indefectiblemente generan una situación de indefensión e inseguridad jurídica, no solo para la Administración autora del acto administrativo, sino para eventuales terceros a favor de los cuales se deriven derechos o intereses legítimos de dicho acto y que, en muchos casos, ni si quiera han actuado como parte del proceso penal.

Lo primero que habría de precisar en este asunto es cuál es el título competencial del orden jurisdiccional penal que le permite pronunciarse sobre estos extremos. Así, nos encontramos con los arts. 10 LOPJ, 3 y 6 LECrim y 4 LJCA.

El art. 10.1 LOPJ señala que «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente»; y el art. 3 LECrim dice que

«por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la Justicia penal se extiende a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación».

De ambos preceptos trascritos, se deducen unas consecuencias inequívocas: i) el conocimiento de las cuestiones por parte de los Tribunales penales es únicamente a efectos prejudiciales («para el solo efecto de la represión», dice el art. 3 LECrim); ii) dicho conocimiento solo tendrá lugar cuando «tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación», cosa que siempre ocurrirá en el enjuiciamiento de un supuesto de prevaricación administrativa del art. 404 CP, pues un elemento objetivo del tipo es, precisamente, el carácter injusto —ilegal— del acto

administrativo, siendo, además, el art. 404 CP una norma penal en blanco²⁷⁸ (GONZÁLEZ CUSSAC); y, iii) el pronunciamiento penal carece del efecto de cosa juzgada, dado su naturaleza jurídica prejudicial.

Enmarcado el asunto desde el plano positivo, conviene aportar una definición del concepto de «cuestión prejudicial». La STS de 31 de mayo de 1993, Ponente Sr. García Miguel, ofrece una acertada y sencilla definición: se trata de «cuestiones extrapenales que son esenciales para la determinación del elemento objetivo del delito lo que, a su vez, puede trascender al elemento subjetivo, sin el concurso de los cuales ni hay delito ni puede imponerse pena».

También es necesario recordar lo que ya abordamos en este trabajo, sobre la doble posibilidad de las cuestiones prejudiciales penales, no devolutivas y devolutivas (3 y 4 LECrim, respectivamente). Nos referimos ahora, exclusivamente, a las cuestiones no devolutivas, es decir, a aquéllas que aun siendo extrapenales son resueltas por los Tribunales penales ex art. 10.1 LOPJ y 3 LECrim.

Dicho lo cual, es evidente que con sustento en los citados arts. 10.1 LOPJ y 3 LECrim, el juez penal puede y debe abordar la posible ilegalidad de un acto administrativo, su naturaleza, finalidad, efectos, extensión, alcance, etc. Y dicho análisis puede llevar al convencimiento del juez penal de la palmaria ilegalidad del acto, de su carácter arbitrario y de haber sido dictado por «puro capricho» del funcionario o autoridad, pronunciamiento que conduce a una sentencia condenatoria por delito de prevaricación administrativa. Pero también es evidente que dicho pronunciamiento es de naturaleza prejudicial, por lo que carece del efecto de cosa juzgada. Por ello, en hipótesis, el asunto podría ser revisado en sede contencioso-administrativa, incluso sin vinculación alguna al sentido del fallo penal, pues tal y como ha dicho el Tribunal Supremo, «la única declaración de prejudicialidad fija es la cautelar suspensión, cauce materializado del actual jurisdiccional hasta que se despeje una incógnita que puede tener o no influencia decisoria» (STS, Sala 4ª de 24 de enero de 1974). Se parte del axioma de la preferencia o prevalencia del orden penal; pero no está prohibida la existencia

²⁷⁸ Se entiende por norma penal en blanco aquélla que solamente contiene la sanción que corresponde a un presupuesto cuya determinación aparece en otra disposición de igual o de distinto rango.

de dos *pronunciamientos* sobre los mismos hechos, aunque matizando que se trata de pronunciamientos sobre calificación y consecuencias jurídicas, ya que la *apreciación* de tales hechos no puede diferir, pues «es claro que unos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado» (STC 77/1983, de 3 de diciembre). La Administración (y los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo) deben, por tanto, respetar el planteamiento fáctico que hayan realizado los Tribunales penales. La STC 25/1984, de 21 de mayo, reitera la doctrina de la vinculación asegurando que

«es evidente que a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulten que unos hechos ocurrieron y no ocurrieron o que una misma persona fue su autor o no lo fue».

Resulta, entonces, que un Tribunal penal puede declarar (a efectos prejudiciales) que una resolución administrativa es palmariamente ilegal y, también, un Tribunal contencioso puede declarar su perfecta legalidad. El supuesto se nos antoja imposible, sí, pero con matices. El caso de la prevaricación administrativa es, en este asunto, extremo, pues el tipo penal precisamente consiste en la ilegalidad administrativa, por lo que evidentemente el supuesto hipotético planteado no deja de ser un absurdo. Ahora bien, el Derecho Penal se rige por unos parámetros y elementos de control que son muy diferentes a los del Derecho Administrativo (a salvo el Derecho Administrativo sancionador, que participa de los mismos principios). El Derecho y el proceso penal ahondan en variables como la culpabilidad o la intencionalidad del individuo en búsqueda de la verdad material; el Derecho Administrativo, en cambio, se asienta en unos principios de formalidad jurídica que obedecen a su formación histórica, al progresivo control jurisdiccional de la actividad jurídica de la Administración Pública (que no material²⁷⁹), por lo que el principio de conservación de los actos es un valor en sí mismo, derivado de las necesidades de eficacia exigidas por el art. 103.1 CE pero que, en suma, obedecen al encaje de un sistema jurídico propio, continental, de origen francés, en contraposición al *rule of law* anglosajón. Por tanto, en hipótesis, es perfectamente posible —en muchos casos hasta necesario—

²⁷⁹ Sobre la «actividad técnica o material» de la Administración, ver el *Curso de Derecho Administrativo* de GARCÍA DE ENTERRÍA Y T.R. FERNÁNDEZ, Ed. Civitas, Vol. I.

que ciertos actos o resoluciones ancladas en un actuar prevaricador, puedan en última instancia ser *conservadas*.

Si el art. 47.1 d) LPAC determina que son nulos de pleno derecho los actos «que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta», no es menos cierto que los arts. 49, 51 y 110 del mismo Texto Legal establecen ciertos límites a la extinción de los efectos del acto ilícito, en beneficio del interés general.

Nuestra postura se ciñe a un simple encaje de las piezas: el Tribunal penal puede pronunciarse sobre la nulidad del acto prevaricador, sometido siempre al principio acusatorio y a los límites derivados del derecho de defensa, como luego diremos, a los solos efectos prejudiciales, sin efectos de cosa juzgada. Este pronunciamiento judicial penal, necesariamente, ha de tener un reflejo por parte de la Administración Pública autora del acto, que en su caso y con arreglo a la legislación y los principios administrativos ha de perfilar su extensión y límites, acto puramente declarativo y acomodaticio al relato fáctico de la sentencia penal, que, en última instancia, puede ser revisado en sede contencioso-administrativa.

Uno de estos efectos de la declaración administrativa «acomodaticia» habría de ser, necesariamente, el respeto al principio de contradicción como valor esencial del procedimiento administrativo, dando traslado a todos aquellos interesados que pudieran verse afectados en sus derechos e intereses legítimos, que muy probablemente no conocieron o no intervinieron en el proceso penal. Y que, ulteriormente, estarían plenamente legitimados para intervenir en el proceso contencioso-administrativo.

Como decíamos, los pronunciamientos judiciales sobre este tema son contradictorios y parciales, generando una suerte de inseguridad jurídica impropia de asuntos que han pasado el filtro de los Tribunales. Existen dos Sentencias del Tribunal Supremo, tan conocidas y emblemáticas, como contradictorias, además de un buen número de sentencias de las Audiencias Provinciales, también con pronunciamientos dispares.

La STS de 18 de enero de 1994, Ponente Sr. Ruiz Vadillo, condenó por delito de prevaricación y declaró la nulidad de pleno derecho de diversas resoluciones, no solo de naturaleza administrativa, sino también civil. Dijo esta sentencia:

«Que un acto administrativo, nulo de pleno derecho, sometido a examen en la jurisdicción penal, si lo es, tiene que ser así declarado pues, en otro caso, se daría el absurdo de que, frente a una decisión judicial penal declarando un acto administrativo como constitutivo de prevaricación, es decir, de un delito, el acto seguiría produciendo, a pesar de ello, efectos frente a todos. Esto es, el tema no puede situarse a nivel de legalidad ordinaria, sino constitucional respecto a la indefensión. Si hubo carencia de efectiva defensa, la vulneración constitucional alcanzaría plenitud de efectos. El poder ejecutivo, en todas sus manifestaciones, incluido el Gobierno y las Administraciones Públicas está comprendido, sin duda, en el art. 24.1 de nuestra Constitución que recoge, con carácter general, el derecho de todos los ciudadanos a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, complementariamente el art. 106.1 de la misma Ley Fundamental establece que los Tribunales controlarán la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, siendo obvio, por consiguiente, que, bien a través de los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, bien a través de la jurisdicción penal, este control es conforme a derecho realizado. La Sala de instancia no orilla el problema ni podía hacerlo. Se enfrenta con él y dice al respecto que, si bien ninguno de los delitos ha generado responsabilidad civil por las razones que explicita, que son plurales y complejas, no por ello han dejado de producir consecuencias extrapenales, como lo son la inevitable nulidad de pleno derecho de los acuerdos y resoluciones municipales (que se dictaron prevaricando; el paréntesis es de esta Sala), así como la nulidad de aquellas escritura públicas en las que se han declarado falsedades documentales, pues la de los primeros resulta del art. 47.1.b de la Ley de Procedimiento Administrativo y las de las segundas, y todas, de los Principios Generales del Derecho».

Por su parte, la STS de 5 de abril de 2002, Ponente Sr. Abad Fernández, más escuetamente, señaló lo contrario (también en un delito de prevaricación en concurso con otros):

«La anulación de un negocio jurídico en vía penal exige que los terceros a los que afecta hayan sido parte en el procedimiento, para la adecuada defensa de sus derechos. Por ello resulta correcta y debe ser

mantenida en esta vía de casación la decisión del Tribunal de instancia, que tras reservar a la vía administrativa u otra que proceda la posibilidad de pronunciarse sobre la validez o nulidad de las contrataciones efectuadas, acuerda no hacer pronunciamiento alguno sobre las responsabilidades civiles y sobre las nulidades contractuales solicitadas, reservando ello en su caso a la vía jurisdiccional competente».

Ejemplos de jurisprudencia menor son la SAP de Málaga de 13 de marzo de 2003 (anulatoria de los actos), las SSAP de Baleares de 6 de octubre de 2011 y de 26 de octubre de 2013, (ambas, anulatorias de los actos) y la SAP de Cádiz, de 13 de mayo de 2013 (anulatoria de los actos); en sentido contrario, la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 30 de noviembre de 2012, declarando expresamente que «anular los contratos litigiosos supondría una invasión de competencias privativas del orden contencioso-administrativo que conllevaría la nulidad de lo actuado». Como vemos, toda una suerte de pronunciamientos contradictorios entre sí.

Finalmente, debemos plantear si el Tribunal penal puede acordar la nulidad de pleno derecho de una resolución administrativa tachada de prevaricadora, si la acusación no ha formulado solicitud al respecto. Nuestra postura debe ser negativa, derivada de la virtualidad expansiva del principio acusatorio, al que damos preferencia frente a otras consideraciones.

Sin embargo, no está de más señalar que dicha nulidad radical no es una pena, en sentido estricto, ni si quiera una consecuencia jurídica del delito (penas, medidas de seguridad o responsabilidad civil); tampoco tiene el carácter de consecuencia accesoria (127 y siguientes del Código Penal).

La nulidad de pleno derecho de un acto prevaricador deriva única y exclusivamente de lo establecido en el art. 47.1 d) LPAC en cuanto determina que son nulos de pleno derecho los actos «que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta». En el caso de la responsabilidad civil —que sí es específicamente una consecuencia jurídica del delito— estamos ante una petición indemnizatoria propia de la acción civil que, eventualmente, puede ejercitarse en el seno del proceso penal. Teniendo en cuenta que esa acción civil no pierde su naturaleza por el hecho de deducirse dentro del proceso penal, la aplicación de los principios de rogación y congruencia (derivados del principio dispositivo) imponen que el Juez o Tribunal se encuentre estrictamente limitado a

las peticiones de las partes, también en relación a las concretas cantidades solicitadas por las mismas, con mayor razón debemos alcanzar igual conclusión respecto a la petición de nulidad del acto administrativo.

La ya comentada STSJ de la Comunidad Valenciana, de 30 de noviembre de 2012, declara expresamente que «anular los contratos litigiosos supondría una invasión de competencias privativas del orden contencioso-administrativo que conllevaría la nulidad de lo actuado», asegurando que la norma administrativa (hoy, el art. 47.1 d LPAC) «no es una norma civil, por lo que difícilmente puede considerarse como pretensión a ejercitar, en el proceso acumulado al penal de aquella naturaleza», y que

«se trata de una norma administrativa, por lo que según dispone el art. 9.4 LOPJ, debería ser aplicada por órganos pertenecientes a dicho orden jurisdiccional. Y antes, en realidad, por la propia Administración quien tiene competencia para ello».

**XXIII – PRESCRIPCIÓN DEL
DELITO DE
PREVARICACIÓN.
PRESCRIPCIÓN Y
CONEXIDAD**

XXIII - PRESCRIPCIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN. PRESCRIPCIÓN Y CONEXIDAD

La prescripción (extintiva) es una institución de extraordinaria importancia, decisiva podríamos decir, pues supone la extinción de la responsabilidad penal de la persona investigada o acusada. Así lo dispone taxativamente el art. 130.1.6º CP.

La importancia señalada obedece, pues, a un doble perspectiva: por un lado es un instituto de naturaleza material, como luego justificaremos, que se encuentra conectado con el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE y con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, tal y como expresan el art. 24.2 de la Constitución Española, el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, así como el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966; por otro, además de la dimensión constitucional citada, la prescripción constituye un garantía jurídica de primer orden, pues extingue la responsabilidad penal en cualquier momento en que pueda ser apreciada.

Cuando opera, tal y como dice la STS de 10 de febrero de 1993, «la sociedad ha perdido ya la autoridad moral para castigar». También, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 16 de mayo de 2011, ha recordado que la apreciación de la concurrencia o no de la prescripción, en el caso concreto, es una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde a los Tribunales ordinarios decidir, sin perjuicio del análisis constitucional, y que la prescripción es una renuncia por el Estado al ejercicio del *ius puniendi* por el transcurso del tiempo que tiene su fundamento en principios y valores constitucionales como son la función de la pena, la situación del inculpado o condenado, su derecho a que no se dilate indebidamente esta situación o la virtual amenaza de la sanción penal y cuya principal justificación es el principio de seguridad jurídica. Así, para llevar a cabo la revisión en vía de amparo de una decisión judicial por la que no se aprecia el instituto de la prescripción, el Tribunal Constitucional atiende al canon propio

del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, si bien en la medida en que esté comprometido el derecho a la libertad de la persona, además del derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE.

Dada su naturaleza material y sustantiva²⁸⁰, y siendo una cuestión de orden público, puede invocarse o aplicarse en cualquier momento y estado del procedimiento penal, bien se trate de la fase de instrucción, intermedia o en la de juicio oral y, dentro de ésta última, en trámite de cuestiones previas o de sentencia.

El problema suele estar en la claridad con la que la prescripción pueda constatarse, pues: (i) si son varios hechos los investigados, con provisoria calificación jurídica, en la fase de instrucción será difícil poder determinar el delito y el plazo prescriptivo que le corresponda; (ii) si los hechos y delitos son conexos o existe concurso de infracciones, el plazo de prescripción será aquél que corresponda al hecho más grave, para su aplicación al conjunto punitivo enjuiciado; (iii) lo cierto es que el plazo de prescripción que resulte aplicable solo es determinable a tenor de la concreta pena que fuere impuesta, pues no opera el instituto de la prescripción sobre penas en abstracto, ni sobre penas solicitadas por las acusaciones, sino efectivamente sobre las que corresponda aplicar²⁸¹; (vi) finalmente, y este es el tema más controvertido en nuestra opinión, la aplicación

²⁸⁰ SSTs 17 de diciembre de 2013, Ponente Sr. Maza Martín, o 9 de marzo de 2005, entre otras muchas.

²⁸¹ El Acuerdo no jurisdiccional de 26 de octubre de 2010, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo estableció que: «Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado».

de la prescripción extintiva de la responsabilidad criminal depende de la fijación de un *dies a quo* que muchas veces no resulta claro, a tenor de las interpretaciones jurisprudenciales sobre el particular.

Todas estas circunstancias, unida a la tradicional cautela y reticencia de nuestros Tribunales penales a la aplicación de la prescripción, hacen que la prescripción constituya, aunque no debiera²⁸², una figura más bien secundaria y cuyo examen requiere ciertas reflexiones, que a continuación realizamos, particularizándolas en relación con el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP.

23.1.- PRESCRIPCIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL ART. 404 CP

El art. 404 CP, en su redacción actual (modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) castiga con la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de nueve a quince años. Por tanto, con arreglo a lo establecido en el art. 131.1 CP, el delito de prevaricación administrativa prescribe a los quince años de haberse cometido²⁸³.

En todo caso, debe tenerse muy en cuenta que toda pena que se imponga, inferior a diez años de inhabilitación, conllevará que la prescripción del delito se reduzca también a diez años, lo que en muchos casos puede ser determinante de la extinción de la responsabilidad criminal. Así, por ejemplo, todo aquel cooperador o cómplice²⁸⁴ *extraneus* puede tener acceso a la degradación

²⁸² Pues su consideración por los Tribunales penales, antes que restrictiva, debería ser extensiva, en aplicación del principio de interpretación *pro reo* (STS de 18 de marzo de 1992).

²⁸³ Hasta la Ley de modificación 1/2015, de 30 de marzo, la pena máxima en el delito del art. 404 CP era de diez años de inhabilitación especial, por lo que el plazo de prescripción era de diez años.

²⁸⁴ Recordemos que aun cuando el artículo 65.3 CP no se refiera expresamente al «cómplice», la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado —con alguna excepción— que este precepto igualmente le debe ser aplicado a dicho grado de participación (STS de 3 de junio de 2015, Ponente Sr. Del Moral García).

penológica del art. 65.3 CP, lo que automáticamente convierte el máximo de castigo en nueve años de inhabilitación (rebaja en un grado, de cuatro años y medio a nueve), lo que conlleva que el plazo de prescripción se reduzca a diez años.

23.2.- PRESCRIPCIÓN Y CONEXIDAD DELICTIVA

El actual art. 131.4 CP (anterior apartado 5, introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) señala que «en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave». El Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010 (solo unos meses después de la Ley 5/2010), remarcó que «en los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado», matizando que habría de estarse al delito más grave «declarado cometido» y no, obviamente, a cualquier otra figura que hubiera sido objeto de acusación pero rechazada por el Tribunal sentenciador.

La aparente simplicidad de la previsión del art. 131.4 CP encierra, no obstante, alguna cuestión no resuelta, de gran calado. Situación, además, recientemente agravada como consecuencia de la nueva regulación de la conexidad delictiva que establece el art. 17 LECrim, según la modificación operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

La situación, en nuestra opinión, resulta espinosa y falta de claridad en cuestiones de tanta relevancia práctica, ya que no resulta difícil encontrar supuestos de enjuiciamiento conjunto del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP con otros aparentemente conexos, como cohecho, malversación, fraude, falsedad, tráfico de influencias, etc.

Partiendo de la norma en vigor (art. 131.4 CP) señalaremos que cuando se enjuicia un conjunto punitivo conexo o en situación concursal, el plazo prescriptivo de cada figura delictiva cede a favor de su consideración unitaria,

siendo aplicable el plazo establecido para el delito más grave, que haya sido declarado cometido por el Tribunal sentenciador.

La regulación es, a nuestro entender, extraordinariamente parca e insuficiente, generando lagunas que pueden ir —de hecho, así es— *contra reo*.

En primer lugar conviene dejar claro cuál es el sentido teleológico de la norma, que parece claro y plausible: si el encausado ha cometido varios delitos en unidad de acción o propósito, siendo medio uno para cometer otros, de un modo concertado o para procurarse la impunidad, es lógico que el instituto prescriptivo no haga extinguir cada uno de ellos por separado, posibilitando un castigo sesgado, respecto a unos hechos relacionados —conexos— o en relación de dependencia de unos con otros (concurso). Ahora bien, sentado lo anterior:

- La norma, en primer lugar, parece referirse a todo «concurso de infracciones». El concurso, en general, tiene lugar cuando todas las infracciones cometidas por el mismo sujeto deben juzgarse en un mismo proceso criminal. Los requisitos de cualquier concurso son (i) pluralidad de infracciones; (ii) un único sujeto activo, mediante una o varias acciones; y (iii) unidad de enjuiciamiento (SAINZ CANTERO²⁸⁵).

- Ahora bien, son varias las clases de concursos que pueden distinguirse, debiendo contrastarse si para todas ellas se cumple la finalidad de la norma. A nuestro juicio, está claro que tanto en el concurso ideal (un solo hecho da lugar a varios delitos, tanto en su versión de causación de delitos homogéneos como heterogéneos) como en el concurso medial (un delito es cometido como medio para cometer otro) se cumple la finalidad expuesta del enjuiciamiento del conjunto punitivo infraccionable.

- Cosa distinta nos parece el caso del concurso real, supuesto prácticamente coincidente con el de la simple conexidad procesal, a la que después nos referiremos. El concurso real se define como una pluralidad de acciones que dan lugar a una pluralidad de delitos. Cada uno de ellos recibe un tratamiento punitivo diferente y acumulativo, sin que exista más

²⁸⁵ SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch, 1990, págs. 841 Y 842.

ligazón entre los distintos delitos que el de su atribución a un único autor y el de su enjuiciamiento conjunto. Se trata de una cuestión puramente procesal y no sustantiva, relativa a la conexidad..., tal y como la conocíamos hasta la Ley 41/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este caso, pese a existir «concurso de infracciones» no concurre en nuestra opinión ninguna razón objetiva que impida que la prescripción opere extinguiendo cada uno de los delitos de un modo independiente.

- En relación con las «infracciones conexas», como dice el art. 131.4 CP, para su averiguación debemos acudir al art. 17 LECrim, que como decimos ha sido recientemente modificado por la Ley 41/2015²⁸⁶. La razón de dicha modificación —medidas de agilización procesal— ha provocado la supresión de un supuesto de conexidad, anteriormente previsto en el apartado quinto del art. 17.2 LECrim, que es el que a estos efectos nos

²⁸⁶ La Exposición de Motivos (EM II) de la Ley 41/2015 señala: «La reforma de las reglas de conexidad supone una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación. Con ello se pretende evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elefantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macroprocesos. La acumulación por conexión solo tiene sentido si concurren ciertas circunstancias tasadas que se expresan en el artículo 17.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable. Esta valoración de la concurrencia de las reglas y condiciones de conexidad corresponde en exclusiva al juez instructor. La novedad de la reforma consiste en establecer que la simple analogía o relación entre sí no constituye una causa de conexión y solo se justifica la acumulación cuando, a instancia del Ministerio Fiscal, en su condición de defensor de la legalidad y del interés público, el juez lo considere más conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso, y siempre que con ello no se altere la competencia. Así, además, se evitará el frecuente trasiego de causas entre distintos juzgados a la búsqueda del que deba conocer del asunto por una simple coincidencia de la persona a la que se atribuyen distintos delitos».

interesa comentar²⁸⁷. Ahora, expresamente se excluye como supuesto de conexidad aquellos «delitos cometidos por la misma persona y que tengan analogía y relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial». La simple analogía o relación entre sí, tal y como dice la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015, no constituye una causa de conexión. Sin embargo, estos hechos y delitos sí pueden ser objeto de enjuiciamiento conjunto «si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulta conveniente para su esclarecimiento y la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso», dice el nuevo art. 17.3 LECrim. La puesta en relación de este precepto con el art. 131.4 CP debe conducirnos a rechazar la que la «simple conexión por analogía o relación entre sí», aunque suponga un enjuiciamiento conjunto por razones de oportunidad o de agilización procesal no puede ser bajo ningún concepto obstáculo para que la prescripción pueda operar de un modo autónomo e independiente para cada uno de los delitos enjuiciados en conjunto. Así, fue entendido, por ejemplo, por la STS de 11 de septiembre de 2007, Ponente Sr. Puerta Luis, al señalar que:

«No se trata de un supuesto de mera conexidad procesal en el que no hay obstáculo para apreciar separadamente la prescripción de los delitos que se enjuician en un único proceso, sino que la misma se asienta en los aspectos materiales o sustantivos del hecho, puesto que los delitos de falsedad y apropiación indebida forman parte de la realidad delictiva global proyectada por el autor y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad, de forma que la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que en supuestos de unidad delictiva, la prescripción debe entenderse de modo

²⁸⁷ Pues el resto de los supuestos del art. 17.2, delitos cometidos por dos o más personas reunidas, concertadas, conexidad (concurso) medial, blanqueo respecto al delito antecedente y lesiones o daños recíprocos, carecen de relevancia a los efectos expuestos, ya que les sería plenamente de aplicación la previsión del art. 131.4 CP, sin mayor dificultad interpretativa.

conjunto y no cabe apreciar aisladamente la del delito instrumental, mientras no prescriba el delito más grave o principal».

- Sin embargo, la STS de 17 de diciembre de 2013, Ponente Sr. Maza Martín, nos ofrece un panorama más inquietante sobre la misma cuestión. Esta Sentencia acoge la impugnación del Ministerio Fiscal, sustentando su criterio en que el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo:

«No establece excepción alguna, manteniendo un criterio rector en el sentido de que el plazo de prescripción aplicable ha de resultar único para todo el procedimiento pues, a pesar del reconocido carácter material del instituto de la prescripción (STS de 9 de marzo de 2005, entre otras) en casos como el presente igualmente ha de actuar dicha unidad derivada de la naturaleza procesal de la misma que actualmente, conviviendo con la anterior, también subsiste, sosteniéndose, en tal sentido, que el procedimiento ha de considerarse a estos efectos como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones, no siendo posible, por consiguiente, aplicar la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre los ilícitos».

La Sentencia transcrita resulta verdaderamente alarmante, pues además de acuñar un nuevo *tertius* de conexidad, la «natural», viene a rechazar de plano todo el juicio efectuado por la Sentencia de la Audiencia Provincial, que casa, cuyos razonamientos eran del todo impecables, en el sentido que defendemos: «así, la Audiencia —dice la STS— considera que la falta ha prescrito entendiendo, esencialmente, que nada ha de alterar el referido plazo el hecho del enjuiciamiento conjunto con el delito, dado que se trata de una acumulación de mero carácter “procesal”, no “sustantivo”, y que el carácter personal con el que se viene entendiendo el instituto de la prescripción, desvincula la aplicación de las normas que la rigen para el caso de quien fue acusado como autor de un delito del que aquel que lo era tan sólo por una falta porque no se da el presupuesto para la comunicación de los plazos prescriptivos ya que ésta quedaría reservada a los casos de concursos mediales o ideales, en los que quepa “...identificar

depués de la complejidad delictiva una cierta unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material”.

- Nuestra opinión se mantiene, no obstante, sustentada tanto en los criterios de fondo que hemos expuesto, como en la novedad que supone la modificación del art. 17 LECrim por la Ley 41/2015, que viene a reforzar nuestra posición²⁸⁸. Debemos distinguir, a nuestro parecer, entre una conexidad sustantiva o material, que es aquella a la que el art. 131.4 CP se refiere, y una conexidad meramente procesal que, en realidad, no es *conexidad* en sentido estricto (art. 17.3 LECrim) y que no obstaculiza la aplicación del instituto de la prescripción extintiva por delitos independientes.

23.3.- CÓMPUTO DE LOS PLAZOS

El plazo de prescripción, conforme marca el art. 132.1 CP, se computará «desde el día en que se haya cometido la infracción punible». En el caso de la continuidad delictiva (a la que ya nos hemos referido), el Código Penal establece el *dies a quo* será «el día en que se cometió la última infracción», previsión que tiene especial incidencia en el caso de la prevaricación administrativa, a tenor de las circunstancias que ya han sido comentadas en este trabajo y que tienen su razón de ser en las especialidades del Derecho Administrativo y en el carácter de norma en blanco del delito del art. 404 CP²⁸⁹.

²⁸⁸ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 17 de octubre de 2016, Ponente Sr. Caballero-Bonald Campuzano, aun rechazando en el caso particular su apreciación, reconoce la situación, indicando que «no estamos ante una simple conexidad procesal que sí pudiera permitir una declaración de prescripción individualizada, sino ante una conexidad material o sustantiva...»

²⁸⁹ Decíamos que no son infrecuentes los supuestos en que el funcionario público o autoridad, sujeto activo del delito, dicta una serie de resoluciones consecutivas o sucesivas en el tiempo que han de ser necesariamente analizadas desde la perspectiva de su continuidad delictiva. Así, por ejemplo, el dictado de resoluciones de aprobación de instrumentos de planificación y gestión urbanística (cuyo trámite es complejo), de

Sin embargo, el verdadero problema interpretativo surge a la hora de determinar la interrupción del cómputo del plazo que corresponda.

El régimen interruptivo de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal fue modificado por la Ley 5/2010, de 22 de junio de 2010, cuya exposición de motivos (EM IX) explicó la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción y abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción puede tener la presentación de denuncias o querellas.

Sin embargo, como ha expresado HERNÁNDEZ GARCÍA²⁹⁰, en opinión que compartimos, se ha perdido una oportunidad valiosa para afrontar de un modo sistemático y coherente una constelación de cuestiones procesales y sustantivas de gran calado, en especial la determinación del catálogo de actos interruptivos, los efectos de la declaración de nulidad de actuaciones, el momento de la declaración

aprobación de certificaciones sucesivas de obras públicas, de libramiento económico del importe de subvenciones, y un largo supuesto de hechos administrativos comunes, ordinariamente producidos en la praxis administrativa o funcionarial. En estos casos, en los que aparentemente existe una sucesión de actos prevaricadores unidos por una misma finalidad criminal, ligados por unidad de propósito e integrados los actos en el mismo programa criminoso o con el mismo «fundamento psicodinámico», sería en aquéllos que podríamos cuestionar la existencia de delito de prevaricación continuada, conforme al art. 74.1 CP. El problema interpretativo viene a plantearse en los supuestos en que es muy difícil discernir si nos encontramos ante actos administrativos parciales, pero integrantes a efectos penales en una decisión única, o ante verdaderos actos resolutorios, unitarios y continuados, que permitan calificarlos como delito continuado con arreglo al Código Penal. El matiz es importantísimo, pues el delito continuado no puede constituir en un hecho único, y los efectos desde el punto de vista punitivo, obviamente también. El origen de este problema interpretativo no es otro que el complejo mundo del Derecho Administrativo, donde la diversidad de procedimientos especiales, la multiplicidad de normas aplicables, de trámites, de órganos intervinientes, etc., suele ser el caso habitual.

²⁹⁰ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y las penas*, en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Ed. Aranzadi, 2010, pág. 137.

de la prescripción, la fijación de hechos probados, la consideración de la pena en abstracto o en concreto, etc.

La interrupción del cómputo, quedando sin efecto el tiempo transcurrido y comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento²⁹¹, se produce, como dice el art. 132. 2 y 3 CP,

«cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, que debe quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación».

La consecuencia directa de esta previsión del Código Penal es la de constituir un casi insalvable escollo para acordar la concurrencia del instituto extintivo hasta una fase muy avanzada del proceso penal, siendo prácticamente imposible hacerlo en fase de instrucción. El hecho de que la identificación pueda producirse mediante datos que permitan concretarla en un momento posterior ha de producir tal indeseable efecto, en interpretación desfavorable y restrictiva de la prescripción²⁹², creándose de facto una injusta situación expectante, en perjuicio del sujeto afectado.

En el caso de la presentación de denuncia o querrela «en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito», el Código Penal, en la redacción dada al art. 132.2 por la Ley 2/2010, establece un sistema de suspensión del cómputo del plazo de prescripción por seis meses, dentro de los cuales el Juez deberá dictar resolución motivada en la que se atribuya al denunciado o querrellado su presunta participación en los hechos; en tal caso, el plazo de prescripción quedará

²⁹¹ Pues las distintas paralizaciones no pueden sumarse ni adicionarse de ningún modo, tratándose de una «auténtica interrupción que obliga a poner el “reloj” de la prescripción en cero, una vez cesada la causa interruptiva», como expresivamente ha dicho el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de junio de 1993.

²⁹² Recordemos que, «en toda esta materia, es norma interpretativa consolidada por la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala que debe actuarse con criterios *pro reo*» (STS de 18 de marzo de 1992).

interrumpido con efectos retroactivos desde que la denuncia o querrela fue presentada, reanudándose su cómputo en otro caso.

De nuevo, la regulación nos parece poco clara, insuficiente y generadora de situaciones materiales de indefensión.

La nueva norma hace una interpretación integradora de una materia que había sido objeto de un debate jurídico entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Hasta la aprobación de la Ley 5/2010, el Tribunal Supremo entendía, en síntesis, que la interposición de una denuncia o querrela interrumpía el plazo de prescripción, mientras que para el Tribunal Constitucional se exigía algún acto judicial para entender dirigido el procedimiento contra una determinada persona.

De acuerdo con la nueva regulación del Código Penal, dichos criterios se han refundido ganándose en seguridad jurídica, en una norma que impone que la interposición de la querrela o denuncia interrumpe el cómputo —como sostenía el Tribunal Supremo— pero siempre y cuando en el plazo de seis meses desde la interposición de la misma se dicte una resolución judicial motivada en la que se atribuya a una persona en concreto su presunta participación en unos hechos que puedan ser constitutivos de delito —como interpretaba el Tribunal Constitucional—. En todo caso, lo importante para el cómputo o interrupción de la prescripción es el dictado de una resolución motivada en la que se atribuya al querrellado o denunciado su presunta participación en los hechos, siendo la imputación en unos determinados hechos lo que interrumpe la prescripción, no la calificación formal de los mismos.

Las fallas del sistema, en nuestra opinión crítica, derivan de dos elementos fundamentales.

El primero hace referencia a la interpretación conjunta de los apartados 2 y 3 del art. 132 CP. Concretamente, nos referimos a la virtualidad interruptiva de la denuncia o querrela cuando el acto judicial motivado (auto) no efectúe una incriminación directa (presunta, pero directa) respecto de una persona, pero contenga «datos» que permitan la concreción posterior. Ciertamente el art. 132.3 CP es diáfano en esta cuestión. La prescripción queda interrumpida respecto de unos hechos, cuando tales hechos, o los *datos* sobre tales hechos, consten en la resolución motivada y los mismos permitan concretar posteriormente dicha

identificación. Sin embargo, el apartado 2 del mismo precepto exige imperativamente que la denuncia o querrela atribuya a «persona determinada» su presunta participación. A *sensu contrario*, podría pensarse que la falta de identificación directa en la denuncia o querrela carecerá de cualquier efecto interruptivo, aun cuando en el plazo de seis meses se dicte resolución motivada respecto de los hechos denunciados, pero con arreglo al apartado 3 del art. 132 CP, podría llegar a acordarse la investigación de una persona no denunciada (o no investigada inicialmente) con fecha posterior, admitiéndose una interrupción prescriptiva desde la fecha inicial de la denuncia o querrela, lo que a nuestro juicio resulta totalmente insatisfactorio desde la óptica del principio de seguridad jurídica.

Dicho en términos prácticos, en relación con el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, en el que habitualmente intervienen varias personas a título de autor directo, cooperadores o inductores: sería posible la denuncia por prevaricación contra un alcalde, por ejemplo, por la adopción de una resolución arbitraria, siendo que tiempo después el procedimiento se dirija contra los funcionarios cooperadores o cómplices, o frente a inductores *extraneus*, sin que éstos puedan invocar la extinción de su responsabilidad por prescripción, al entenderse interrumpido el plazo frente a todos ellos con fecha de la interposición de la denuncia, ya que de la misma pueden haberse extraído «datos» que permiten la identificación posterior de todos los participantes en el dictado de la resolución prevaricadora.

Dicha situación, insistimos, es —a nuestro entender— del todo deficitaria y poco respetuosa con el derecho de defensa y las garantías más elementales que han de regir el proceso penal, siendo la prescripción de los delitos una cuestión de derecho material y no procesal.

Por otra parte, debemos apuntar que cuando el Código Penal hace referencia a «que el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable» no aclara si el cómputo de la prescripción se interrumpe aun cuando el sujeto no haya sido debidamente informado de que la causa se dirige contra él,

en calidad de investigado, en los términos y con todas las garantías informativas a que se refiere el art. 118 LECrim²⁹³.

Tal y como indica el art. 118.5 LECrim, la admisión de denuncia o querrela, o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito a un persona, será puesta «inmediatamente» en su conocimiento, por lo que cabe deducir que la dirección de la causa contra una persona —con efectos interruptivos de la prescripción— ha de tener lugar con su conocimiento, salvo que por el Juez de Instrucción haya acordado el secreto de las actuaciones para todas las partes personadas, con la lógica excepción del Ministerio Fiscal, en aplicación de lo previsto en el art. 302 LECrim. En este último caso, los efectos interruptivos de la resolución judicial motivada, en los términos ya expuestos, habrán tenido lugar, aun con falta de conocimiento del sujeto afectado. No obstante, el levantamiento del secreto acordado permitirá a la parte el ejercicio del derecho de defensa, sin restricción de ninguna clase, lo que elimina la producción de indefensión real, si las razones justificadoras del secreto han tenido lugar y persistido durante el tiempo de prórroga que, en su caso, haya sido acordado.

Sin embargo, según nuestra inteligencia, caso de no haberse acordado el secreto del art. 302 LECrim, consideramos que la virtualidad interruptiva de la prescripción tendrá lugar con la debida puesta en conocimiento al sujeto investigado, en cumplimiento del art. 118.5 LECrim.

23.4.- PRESCRIPCIÓN Y NULIDAD DE ACTUACIONES

Nos planteamos ahora si la nulidad de actuaciones, decretada en el curso del procedimiento penal, provoca, a su vez, la nulidad del efecto interruptivo del

²⁹³ Artículo recientemente modificado por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

cómputo del plazo de prescripción, operado precisamente en virtud de actos procesales que hubieren recaído nulos.

Sobre este particular, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado el día 27 de abril de 2011 tomó el siguiente acuerdo: «Las actuaciones declaradas nulas en el procedimiento penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento».

Una cosa es anular actos probatorios o procesales, aun con relevancia material, y otra muy distinta es negar la existencia de una actividad judicial y el procedimiento que en verdad no estuvo *paralizado*. Esta es la tesis del Tribunal Supremo.

No es una tesis con la que podamos estar conformes, menos aún en la generalidad con la que se plantea en el Acuerdo no jurisdiccional del 27 de abril de 2011. No es descabellado, ni mucho menos, sostener que un acto declarado nulo pueda surtir un efecto tan importante como es el de interrumpir el cómputo del plazo de prescripción, que es una cuestión de derecho material y que puede tener una proyección sobre el derecho a la libertad personal (art. 17 CE) y sobre la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Tanto si la nulidad se declara de un acto de naturaleza probatoria (art. 11.1 LOPJ) como si se trata de un acto procesal esencial que genera indefensión (arts. 238.3º y 240.1 LOPJ) lo cierto es que resulta difícil admitir la generalidad y amplitud con la que el Tribunal Supremo ese ha manifestado en su acuerdo interpretativo y unificador de criterios jurisprudenciales.

Dicho Acuerdo, de 27 de abril de 2011, trae causa de un supuesto particular, abordado inmediatamente después en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2011, en el que la nulidad había tenido lugar al haberse omitido el traslado a los responsables civiles para emitir el escrito de calificación. La Audiencia Provincial acordó el sobreseimiento libre por prescripción, al entender que la declaración de nulidad para dar traslado para calificación a los responsables civiles dio lugar a una situación equivalente a la de total inexistencia de dichas actuaciones, operando entonces la prescripción. El Tribunal Supremos sostuvo la tesis contraria, al entender que el procedimiento *no estuvo paralizado* y que la nulidad no es equivalente a la paralización.

Ahora bien, a nuestro juicio, siendo muy discutible el criterio del Alto Tribunal, no es éste un supuesto equivalente al caso en que la nulidad afecte a la integridad de la causa, razón por la que apuntamos que la amplitud del criterio es excesiva. Está más claro en el caso de diligencias probatorias, cuya nulidad *ex art.* 11.1 LOPJ tendrá como único efecto su irrelevancia a efectos inculpativos, no la *desaparición* o inexistencia de las actuaciones; pero piénsese, por ejemplo, en la nulidad del secreto de las actuaciones (art. 302 LECrim) que ordinariamente es acordada en el momento de inicio del sumario o diligencias previas. No estaríamos ante una *paralización* producida por un acto procesal —aun nulo, no inexistente—, sino ante una verdadera inexistencia de actuaciones válidas, plenamente carentes de los requisitos esenciales necesarios para alcanzar su finalidad (art. 240.1 LOPJ), caso en el que entendemos que el efecto interruptivo no puede tener lugar. La nulidad del secreto acordado en el curso de la instrucción, *ex art.* 302 LECrim, implica que el procedimiento hubo de ser debida e «inmediatamente» puesto en conocimiento de las personas investigadas (art. 118 LECrim), por lo que dicha omisión sí nos parece relevante a efectos del cómputo del plazo prescriptivo, y no es esta, como decimos, una situación de *paralización* del procedimiento, en el sentido expresado por el Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo, Sala Segunda.

Como ha señalado PASTOR ALCOY, el ordenamiento jurídico debe proscribir todas las actuaciones ilegales que provoquen indefensión. Otorgar validez para interrumpir la prescripción a un acto nulo de pleno derecho, podría suponer el respaldo a actuaciones en fraude de ley, en las que justamente para evitar la prescripción se podrían efectuar actos de contenido material aparente que, aunque luego fueran declarados nulos, interrumpirían la prescripción²⁹⁴.

La cuestión, como señala dicho autor, es sin duda muy trascendente y, salvo el pronunciamiento no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que hemos indicado, y la Sentencia subsiguiente, no existe más jurisprudencia sobre este particular.

²⁹⁴ PASTOR ALCOY, F., *La prescripción del delito, la falta y la pena. Análisis jurisprudencial sistematizado. Comentarios y formularios*. Editorial Práctica del Derecho, 1995. Pág. 78.

**XXIV – CIRCUNSTANCIAS
EXCLUYENTES Y
MODIFICATIVAS DE LA
RESPONSABILIDAD
CRIMINAL EN EL DELITO
DE PREVARICACIÓN
ADMINISTRATIVA**

XXIV - CIRCUNSTANCIAS EXCLUYENTES Y MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Cumple estudiar ahora la posible concurrencia de distintas causas de exclusión (total o parcialmente) y modificativas (atenuantes o agravantes) de la responsabilidad en el delito de prevaricación.

24.1.- CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES

Dentro de las causas eximentes de la responsabilidad que se recogen en el art. 20 CP, a la que mayor atención debemos prestar, dada la naturaleza de la figura delictiva que analizamos, es la prevista en el apartado 7º, consistente en la «obediencia debida».

Dice el Código que quedará eximido de toda responsabilidad aquél que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En principio debemos destacar que el Tribunal Supremo ha perfilado esta circunstancia eximente como una verdadera *cláusula de cierre* del sistema jurídico penal, pues resulta totalmente lógico que cuando se actúe en cumplimiento de esos derechos, deberes o funciones, lo que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible (STS de 5 de marzo de 2004). Lo que nos planteamos, por consiguiente, es cual sea la extensión de dicha causa eximente en relación, precisamente, con los funcionarios o cargos públicos que puedan ser sujetos activos del delito estudiado.

Obviamente, tal y como señala el Tribunal Supremo (STS de 17 de noviembre de 1994) el alcance de esta eximente no constituye «una patente» para que bajo su amparo puedan quedar purificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen. Que el cumplimiento del deber ha de ajustarse a la norma que le sirva de base es también una obviedad, pues de lo contrario la actuación no se realizaría *en cumplimiento* de este. Lo que ocurre es que en

ocasiones la línea divisoria o la conciencia de la antijuridicidad (o ser notorio que la línea se ha traspasado) es harto difusa. Un buen ejemplo de ello puede ser el supuesto recogido en el Auto de 8 de marzo de 2017, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Ponente Sr. Quiñonero Cervantes, en el que se analiza «si una determinada política es desacertada desde el punto de vista de la promoción y protección de los intereses públicos, porque esto es algo que por definición escapa el control de la legalidad penal», citando palabras de las SSTs de 10 de marzo de 1999 y de 12 de diciembre de 2001). El Tribunal Superior de Justicia de Murcia de Murcia decide archivar la causa (varios años abierta en periodo instructor) por constatar que los actos administrativos deben poder subsumirse en la letra del art. 404 CP por tratarse de ilegalidades severas y dolosas, superando la mera contradicción con el Derecho mediante un ataque consciente y grave. Por tanto, la motivación de las resoluciones, para ser consideradas prevaricadoras, debe situarse en un plano totalmente al margen del buen funcionamiento y dirección de la gestión del interés público, pues este puede llegar a considerarse poco ortodoxo, o incluso nefasto, sin que ello tenga una connotación delictiva. El tipo del art. 404 CP, residual en su configuración, no puede acomodar situaciones de mera ilegalidad que no vayan acompañadas de un sustrato de severidad en el quebranto de la ley, además de la voluntad deliberada de producir un resultado materialmente injusto y arbitrario. Como dice la STS de 2 de noviembre de 1999 (en la misma tesis que el TSJ de Murcia), cualquier otra fundamentación de la conducta viene a configurar el presupuesto fáctico de una causa de justificación, concretamente la eximente prevista en el art. 20. 7º CP.

Esta misma Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de noviembre de 1999, reconoce y minora la responsabilidad del alcalde acusado, por aplicación de lo dispuesto en el art. 14.3 CP (error vencible), en relación con la circunstancia eximente del art. 20. 7º CP. La construcción del Tribunal Supremo, en nuestra modesta opinión, no deja de ser original, pues la eximente incompleta (arts. 68 + 21 + 66.1.1ª CP) da lugar, como única atenuante, a la aplicación de la pena en su mitad inferior, mientras que la vía a la que acude el Tribunal, directamente error vencible de prohibición (art. 14.3 CP) supone la degradación de la pena, en uno o dos grados. No se trataría, pues, de la aplicación de una eximente completa o incompleta, sino de un error de prohibición, que en este caso es equivalente a la

eximente de estar en el convencimiento de actuar conforme al deber impuesto con el cargo (eximente putativa).

En el caso de órdenes o mandatos recibidos, la eximente opera siempre que el deber impuesto no sea manifiestamente ilícito (STS de 19 de mayo de 1995), siempre que exista pues una apariencia de legitimidad de dicha orden o mandato, pues quien sabe que actúa ilícitamente no puede quedar amparado en su conducta por una eximente (STS de 6 de marzo de 2001).

Tampoco podemos dejar de reseñar la superposición de preceptos en este ámbito, mezclándose elementos pertenecientes al plano de la tipicidad (actuar *a sabiendas*) con elementos propios de la culpabilidad (circunstancias eximentes), aun cuando su relevancia práctica sea escasa, si bien en algunos casos bien pudiera tener reflejo en el grado de penalidad.

24.2.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS (ATENUANTES Y AGRAVANTES)

Abordamos ahora la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

De entre las circunstancias atenuantes previstas en el art. 21 CP, nos interesa analizar, por su posible incidencia en la responsabilidad criminal por conducta prevaricadora, las de reparación del daño y las dilaciones indebidas (apartados 5º y 6º del art. 21 CP).

En cuanto a la incidencia de la *reparación del daño*, como atenuante prevista en el apartado 5 del art. 21 CP, podemos decir que su fundamento, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene que ver con el potenciamiento de los derechos de la víctima y consecuentemente con la menor lesividad del delito. No se refiere solo a daños materiales, sino que incluye otros de distinta naturaleza.

De este modo, tenemos que poner en relación dicho fundamento con el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, cuyo tipo exige la producción de un «resultado» materialmente injusto. Como hemos dicho, habitualmente el Tribunal Supremo no justifica con precisión qué significa o cuáles son los parámetros para determinar la existencia de tal «resultado materialmente injusto».

El Alto Tribunal, —solo en algunas sentencias y de un modo ciertamente tautológico— indica que hay prevaricación «cuando el resultado es una injusticia, es decir una lesión de un derecho o del interés colectivo» (STS de 17 de septiembre de 2015, Ponente Sr. Palomo del Arco, que cita a su vez muchas otras, SSTs de 23 de mayo de 1998, de 4 de diciembre de 1998, de 18 de mayo de 1999 o de 10 de diciembre de 2001), o «cuando se perjudica al ciudadano afectado o a los intereses generales de la Administración» (STS de 7 de enero de 2003, Ponente Sr. Aparicio Calvo-Rubio).

De este modo, la aplicabilidad de esta atenuante al delito de prevaricación requerirá que el sujeto activo del delito despliegue una firme actividad (antes del juicio oral, tal y como requiere el art. 21.5 CP) tendente a eliminar o disminuir los efectos de la resolución prevaricadora, tanto en lo que se refiere al perjuicio eventualmente producido a los ciudadanos afectados en sus derechos o intereses por dicha resolución, e igualmente dirigida a restaurar los intereses generales de la Administración, que en definitiva es el bien jurídico protegido por el delito. Lo trascendente para apreciar la atenuante dependerá de las circunstancias del caso y de la capacidad del culpable a tal efecto, pero en todo caso, dado el delito de prevaricación es de mera actividad y consiste en la producción de una resolución ilegal y arbitraria, la principal actuación será la eliminación de los efectos jurídicos de dicha resolución, bien mediante un acto posterior de carácter revocatorio²⁹⁵, o bien a través del inicio de un procedimiento dirigido a ello, tal como la revisión de oficio²⁹⁶, la suspensión cautelar de efectos, etc. Siempre, claro está, suponiendo que el sujeto disponga, aún, de la autoridad pública o del cargo que le habilitó para la comisión de la infracción; o bien, por cualquier otro medio idóneo, realice actuaciones tendentes al mismo fin. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, STS de 28 de febrero de 2003) no puede exigirse que la reparación del daño sea necesariamente total, despreciando aquellos supuestos en que el autor hace un esfuerzo de reparación significativo, aunque sea parcial, pues el legislador ha incluido también en la atenuación la disminución de los efectos del delito, y es indudable que una reparación parcial

²⁹⁵ Art. 109 LPAC.

²⁹⁶ Arts. 106 y ss LPAC.

significativa contribuye a disminuir dichos efectos. Asimismo, es perfectamente posible que la atenuación sea simple o muy cualificada (STS 31 de octubre de 2005), atendiendo a la entidad de la reparación o de la actividad desplegada a tal efecto, según dispone el art. 66.2º CP.

Por lo que se refiere a la atenuante de *dilaciones indebidas*, debemos destacar en primer lugar que la misma surge al Derecho positivo, después de una importante evolución jurisprudencial²⁹⁷, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, consagrándose ya ésta atenuante en el Texto Legal.

El apartado 6º del art. 21 CP ya indica que es una circunstancia atenuante «la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que guarde proporción con la complejidad de la causa». Este precepto es, pues, la más clara manifestación del derecho «a un proceso público sin dilaciones indebidas» que reconoce el art. 24.2 CE, como parte del derecho a un proceso *con todas las garantías*, que a su vez es parte estructural del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

La aplicabilidad de esta atenuante en el ámbito del enjuiciamiento del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP es, sin duda, de primer orden, pues la duración de los procedimientos penales en que estos delitos se enjuician, habitualmente en relación concursal con otros de la misma clase, tienen en todos los casos una duración de varios años; los procesos penales por delito de prevaricación se refieren en la mayoría de los casos a la aplicación de normas de carácter administrativo de difícil comprensión, ordinariamente objeto de la jurisdicción especializada (contencioso-administrativa) cuyo examen y enjuiciamiento penal resulta complejo, a tenor de las materias sobre las que puede

²⁹⁷ Se dictaron hasta tres Acuerdos no Jurisdiccionales por la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre este particular: el primero, de 2 de octubre de 1992, por el que se consideraba que las dilaciones no podían ser consideradas como atenuante analógica, sino que en todo caso podrían servir como justificante de la petición de indulto o de la indemnización correspondiente, por título de responsabilidad patrimonial; el segundo, de 29 de abril de 1997, reiterando la inexistencia de base legal para la aplicación de la atenuante; y el tercero, que ya consagra el cambio de doctrina, de 21 de mayo de 1999.

versar el caso, tales como contratación de entidades públicas o derecho urbanístico.

A la hora de aplicar la atenuante de dilaciones indebidas, bien sea como simple o muy cualificada (art. 66.1. 2ª CP), podemos decir, a fecha de hoy, que no existe una regla fija a la que atenernos. El concepto de dilaciones indebidas es indeterminado (STS de 25 de mayo de 2010) y sólo de un modo casuístico podemos precisar su concurrencia, eso sí, en atención a determinados parámetros o criterios que la jurisprudencia ha sistematizado (así, por ejemplo, la STS de 25 de junio de 2013), como son: i) la complejidad del proceso, ii) los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, iii) el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, iv) su conducta procesal y v), la de los órganos judiciales en relación con los medios disponibles.

En cuanto al cómputo, tampoco puede establecerse una regla fija, pues en ocasiones la jurisprudencia se atiene a periodos concretos (duración de la fase de instrucción, de la fase intermedia o incluso del total del proceso) y en otras es posible incluso estar a la fecha en la que se cometieron los hechos o desde el inicio de las investigaciones policiales.

Sobre la aplicabilidad de las circunstancias modificativas agravantes (artículo 22 del Código Penal), serán aplicables las que en cada caso concurren, descartándose por ya integrar elementos del tipo la alevosía, embebida en el dolo directo y especial, o la prevalencia del cargo, al ser un delito especial que solo puede ser cometido por funcionario público en modo de autoría.

XXV – CONCLUSIONES

XXV - CONCLUSIONES

PRIMERA

El delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal es, indudablemente, una norma penal en blanco que debe ser completada, en lo que se refiere a los elementos que conforman el tipo objetivo (resolución «arbitraria» o injusta), con arreglo a las normas de Derecho Administrativo.

SEGUNDA

La descripción del tipo es tan sumamente amplia que raya en la vulneración del principio de legalidad y taxatividad penales. Prácticamente, se ha convertido en un «cajón de sastre» o tipo residual, a raíz de las sucesivas apariciones de tipos especiales de prevaricación (arts. 320, 322, 329, 405 o 446 CP). La *gravedad*, pues, parece un elemento diferenciador respecto de otros tipos de prevaricación, en los que por su especificidad en la descripción de las conductas típicas no se exige un esfuerzo interpretativo superior. La falta de seguridad jurídica se hace por ello patente, se acaba poniendo el acento no ya en la vulneración del ordenamiento administrativo, sino en la *actitud* del sujeto activo, que debe ser «ostentosa» y «palmaria», términos habitualmente utilizados por jueces y tribunales.

Los elementos objetivos del tipo deben pasar, pues, a un segundo plano, con mayor relevancia del elemento subjetivo que supone actuar «a sabiendas», con un dolo específico dirigido a satisfacer intereses espurios.

TERCERA

La plétora de normas y productos administrativos, de muy diversa fuente, denominación, extensión y alcance, ha hecho ya del Derecho Administrativo y sus sub-sistemas un derecho de altísima especialización y tecnificación, provocando en el orden penal una extraordinaria dificultad interpretativa no solo en casos difíciles o «trágicos» (en expresión de CALABRESI Y BOBBITT²⁹⁸), sino incluso en

²⁹⁸ CALABRESI, G. Y BOBBITT, P, *Tragic Choices*, Norton, Nueva York, 1978.

asuntos que pueden considerarse ordinarios para diversos ámbitos del Derecho Administrativo.

La escasa estabilidad de las normas administrativas y la rapidez con la que cambian agudiza el efecto indeseable de la apuntada falta de seguridad jurídica.

La amenaza de un Derecho Penal claramente expansivo (SILVA SÁNCHEZ) provoca, asimismo, que los operadores jurídicos tamicen sus actuaciones administrativas a través de un previo juicio de potencial relevancia penal, generando con ello una grave situación de parálisis decisoria en gran parte de la actividad de la Administración Pública, sobre todo en el ámbito de decisiones discrecionales, de muy amplio espectro en todos los sectores económicos regulados.

CUARTA

La colisión entre conceptos jurídicos penales y categorías propias del Derecho Administrativo es, en muchos casos (por ejemplo, la «desviación de poder», «el silencio administrativo» o la «resolución»), patente, creando mayor inseguridad interpretativa. Se hace necesario una redefinición o aclaración de los márgenes del Derecho Penal, en cuanto tome conceptos del Derecho Administrativo. Así, por ejemplo, a efectos penales está muy claro que el concepto de funcionario público es más amplio en el ámbito penal que en el administrativo; no así, en otros muchos que generan confusión.

QUINTA

Los principios esenciales del ordenamiento jurídico administrativo difieren de los principios penales. Las exigencias de eficacia (artículo 103.1 CE) que se predicán del funcionamiento de la Administración, con elevados estándares de calidad prestacional, resulta a veces difícilmente cohonestable con el tamiz penal en plena expansión; la barrera penal puede, efectivamente, adelantarse en relación con determinados comportamientos que la sociedad reprocha, sin embargo esta operación de política criminal requiere la precisión de los sistemas y el encaje de las instituciones y de los valores de los respectivos ordenamientos sectoriales, a fin de evitar dificultades interpretativas que bordeen la debida taxatividad penal.

SEXTA

El delito de prevaricación está configurado por el legislador con un requisito muy riguroso, que es el de la injusticia material de la resolución, que ha de ser palmaria, patente, evidente, esperpéntica, etc. Y esta exigencia no parece cumplirse en los casos «complejos» o «dudosos». La «complejidad» de una materia sería entonces una especie de barrera de contención de la prevaricación penal, si bien el encaje de este tipo de casos en el error de prohibición solo puede realizarse de un modo casuístico.

SÉPTIMA

La institución de la prejudicialidad devolutiva, aun entendiendo su vigencia, no satisface las necesidades que la realidad plantea. De *lege ferenda* sería necesario articular algún mecanismo que, en el seno del proceso penal, implique una posición activa de la institución perjudicada por el delito y que, con imparcialidad técnica, valore el alcance jurídico-administrativo de las circunstancias concurrentes, la existencia de precedentes, la praxis administrativa comúnmente aceptada, u otros aspectos que puedan arrojar luz sobre los elementos del tipo objetivo, sin perjuicio de su valoración conjunta por el órgano judicial.

OCTAVA

La prohibición constitucional del *bis in idem* implica que la sanción administrativa, complementaria de la pena, quedaría habilitada, sólo, cuando la sanción se imponga en función de la protección de un interés público no contemplado en la norma penal, lo que deja claro que el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP en modo alguno puede ser objeto de doble punición o castigo, en sede penal y administrativa, pues parece evidente que en tal caso ha de darse necesariamente la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento), siendo en abstracto imposible pensar en la existencia de una infracción administrativa que de un modo autónomo y con distinto fundamento, castigue el hecho del dictado de una resolución penalmente prevaricadora.

NOVENA

Los Tribunales penales pueden pronunciarse sobre la nulidad de los actos prevaricadores, pero ello debe estar sometido al principio acusatorio y a los límites derivados del derecho de defensa, a los solos efectos prejudiciales y sin

efectos de cosa juzgada. El pronunciamiento penal, necesariamente, ha de tener un reflejo por parte de la Administración Pública autora del acto, que en su caso y con arreglo a la legislación y los principios administrativos ha de perfilar su extensión y límites, acto puramente declarativo y acomodaticio al relato fáctico de la sentencia penal y que, en última instancia, puede ser revisado en sede contencioso-administrativa.

DÉCIMA

Finalmente, podríamos destacar que la reciente regulación de la conexidad (artículo 17 LECrim), ahora menos reglada, y sus efectos sobre el instituto de la prescripción extintiva de la responsabilidad criminal, no ofrece el amparo ni la seguridad jurídica suficiente, en el marco de la operativa de la prescripción autónoma de delitos cuyo enjuiciamiento se realice en común, siendo ordinariamente la prevaricación el de más larga penalidad y, por consiguiente, el determinante del plazo prescriptivo.

**XXVI – REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS**

IX – REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo del injusto en los delitos de mera actividad*. Ed. Comares, 2020.
- ALLEN, C.K., *Legal Duties an Other Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1931.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, Doxa, 1992.
- ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè Editore, 2008.
- ARAGONÉS BELTRÁN, E., *La Cuestión Prejudicial Administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo*, en *La responsabilidad penal en la Administración Pública*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010.
- BACKES, D. *Die Abgrenzung vom Tatbestands und Verbotsirrtum im Steuerstrafetch*, en *StuW*, 1982
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Teoría de las normas*, Depalma, 1977
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Pena. Parte general*, Akal, 1984.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Sanciones administrativas*, Ed. Colex, 1991.
- BACIGALUPO, E. *Derecho Penal, Parte General*, 1^º edición, Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, E. *La responsabilidad penal de las sociedades, actuaciones en nombre de otro, responsabilidad de los Consejos de Administración, responsabilidad de los subordinados. La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2013.

- BASTIDA GONZÁLEZ, M.P., *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*, en la obra conjunta *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, 2005.
- CEREZO MIR, J. *Culpabilidad y pena*, Problemas fundamentales del Derecho Penal, 1982.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Enjuiciamiento Criminal, Ley y Legislación Complementaria, Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I*, (Dir.), Ed. Trivium, 2014.
- CORDOBA RODA, *El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba*. Revista Jurídica de Cataluña, 1982.
- COSTA, J. *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Manuales Soler, 1901.
- COUTURE, F., *Vocabulario Jurídico*, Ed. B de F, 2010.

- CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Ed. Bosch, 1963.
- DE LA MATA BARRANCO, N., *Malversación y lesión del patrimonio público: apropiación, distracción y desviación, por funcionario, de caudales públicos*, Ed. Bosch Editor, 1995.
- DE LA MATA BARRANCO, N., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, 2007.
- DE LA MATA BARRANCO, N., *El funcionario público ante el Derecho Penal*, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 20, 2010.
- DE LA OLIVA, A., *Los principios generales del Derecho no desaparecen en cuanto tales por el hecho de estar recogidos expresamente en la Constitución*. DE LA OLIVA, A. *Lecciones de Derecho Procesal Penal II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007.
- DEL ROSAL, *Derecho Penal español*, Editorial Hispano Americana, 1960.

- DELGADO GIL, A. *Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración Públicas*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de la Presidencia, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, L.M. *La doctrina del precedente administrativo*, *Revista de administración pública*, nº 98, 1982.
- DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, 2008.
- DORADO MONTERO, P. *Sobre la ignorancia de la Ley Penal*, *Problemas de Derecho Penal*, *Revista de Legislación*, 1895.
- DWORKIN, R., *Rights and Trumps*, en J. WALDRON (ed.) *Theories of Rights*, Oxford, 1984.
- ENTRENA CUESTA, R., *El acto administrativo complejo en la esfera local*, en la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 95, 1957.
- ENTRENA CUESTA, R. *Curso de Derecho Administrativo. Organización Administrativa*. Tecnos, 1983.
- FEIJÓ SÁNCHEZ, B., *Comentarios al Código Penal*, obra conjunta dirigida por RODRIGUEZ MOURULLO, Ed. Civitas, 1997.
- FEUERBACH, P.J., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2ª parte, der Henningschen Buchhandlung, 1799.
- FLUME, *Steuerwesen und Rechtsordnung*, en *Festschrift für R. Smend*, Göttingen, 1952.
- GARCÍA ARÁN, M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 16, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, 3ª ed., 1983.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La nulidad de los actos administrativos^[11] que sean constitutivos de delito ante^[12] la doctrina del Tribunal Constitucional,^[13] sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación*, *REDA*, nº 98, 1998.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo, Vol. 1*, Civitas, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RÓDRIGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo, Vol. I*, Ed. Civitas, 2008.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *El Control de la Fiabilidad Probatoria: «prueba sobre la prueba»*, Ed. Revista General de Derecho, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho-Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966.
- GIMENO SENDRA, V., *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Thomson-Civitas, 1999.
- GÓMEZ BENITEZ, J.M., *Lecciones de teoría jurídica del delito, Tomo I*, Civitas, 1984.
- GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal, Derecho Procesal*, vol. 2, 1987.
- GÓMEZ RIVERO, M^a. C. *¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?*, Revista Penal, n^o 18, 2006.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos*, Tirant lo Blanch, 1994.
- GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para la Unificación de la Jurisprudencia. Años 1991-2016*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2017.
- HEALY, P., *Proof and Policy: No Golden Threads*, Criminal Law Reviews, 1987.
- HERZBERG, R.D., *Akzesorietät del Teilnahme und persönliche Merkmale*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 138, 1991.
- HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeine Grundlagen*, 1971.
- HURTADO ADRIAN, J. A., *Competencia y Conexidad en la Ley del Jurado*, Dykinson, 2001.
- JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, Ediciones Civitas, 1997.
- JAKOBS, G. *Sobre la teoría de la pena*, Poder Judicial, n^o 47, 1998.

- JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Cuadernos Civitas, 1999.
- JAKOBS, G., *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, ZStW, 2002.
- JAKOBS, G. *Dolus malus*, InDret, 2009.
- JAVATO MARTIN, A., *El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales*, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 23, 2011.
- JAREÑO LEAL, A., *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Aranzadi, 2015.
- JIMENEZ DE ASUA, L., *Principios de Derecho Penal*, 3ª ed., Hermes, 1958.
- LLORENS, E.L., *La igualdad ante la ley*. Instituto de estudios políticos de la Universidad de Murcia, 1934.
- MAINWALD, *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, Heidelberg, 1984.
- MANTOVANI, F. *Diritto Penale*, Padua, 1989.
- MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ed. Jurídicas Europa-América, 1951.
- MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y AYMERICH CANO, C., *Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Ed. Bosch, 2017.
- MARTÍ DEL MORAL, A. *De nuevo sobre las cuestiones prejudiciales administrativas en los procesos penales (Comentario a la STC 30/1996, de 26 de febrero, Sala Segunda)*, Revista de Administración Pública, nº 145, 1998.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo*. Estudios Penales y Criminológicos, nº 6, 1981.
- MEZGER, E. *Moderne Wege del Strafrechtsdogmatik: ein ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner*, Duncker & Humblot, 1950
- MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, Revista de Derecho, 1955
- MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Vol. II. Hammurabi, 1980.
- MUÑOZ CONDE, F., *El error en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 1989.

- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 8ª Ed. Universitaria Ramón Areces, 2009.
- NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 4ª Ed., 1994.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIEITO, E., *La prevaricación de funcionario público*, Civitas, 1980.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *Concepto de funcionario público a efectos penales, en Delitos contra la Administración pública*, IVAP, 1997.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, 2007.
- ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, J. C. en *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanc, 1999.
- ORTS BERENGUER, E; COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J. y CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte especial*. 3ª Ed. Universidad Valencia, 2007.
- PASTOR ALCOY, F., *Prueba indiciaria y presunción de inocencia. Análisis jurisprudencial, requisitos y casuística*. Ed. *Práctica de Derecho*, 1995.
- PEREZ ROYO, F., *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, 1986.
- PESSINA, E. *Elementos de Derecho Penal*. Ed. Reus, 1936.
- PLATZGUMMER, *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, Springer-Verlag, 2013.
- PROTO, E. *Sulla natura giuridica del reato continuato*, Priulla, 1950.
- PUIG PEÑA, F. *Derecho Penal. Parte General*. Revista de Derecho Privado, 1998.
- QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia Penal en España*, Ed. Aranzadi, 1998.
- ROBLES PLANAS, R. *La Responsabilidad en los delitos "especiales". El debate doctrinal en la actualidad*. Ed. Bdef, 2014.

- RODRIGUEZ MOURULLO, G., *El autor mediato en el Derecho Penal*, en el Anuario de Derecho Penal, 1969.
- ROMERO TEJADA, J.M. en *Prejudicialidad penal. Incidencia en la actividad administrativa*, Fundación Democracia y Gobierno local, 2009.
- ROXIN, C., *Teoría del tipo penal*, Depalma, 1979.
- ROXIN, C. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, 2004.
- SÁINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Bosch, 2000.
- SANCHEZ DE LA PARRA y SEPTIÉN, P., *Las cuestiones prejudiciales en el orden jurisdiccional penal, civil, contencioso y social*, Ed. Comares, 1966.
- SÁNCHEZ MARTINEZ, O. *Los principios en el Derecho y la dogmática penal*, Ed. Dykinson, 2004.
- SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, J., *El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial*. Ed. Dykinson, 2004.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, Ed. Comares, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Del Derecho abstracto al Derecho "real"*. Thomson-Civitas, 2006.
- SORIANO GARCÍA, J.E., *Prólogo a Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Ed. Bosch, 2017.
- STRATENWERTH, G./KUHLEN, L., *Strafecht. Allgemeiner Teil, I*, 5ª Ed. Carl Heymanns, 2004.
- STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*, Hammurabi, 2005.

- TIEDEMANN, K., *La regulación de la autoría y participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo*. Revista Penal, nº 5, 1999.
- TORNOS MÁS, J., *¿Quién debe ejercer el ius puniendi del Estado?* Revista Española de Derecho Administrativo, nº 161, 2014.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Reflexiones sobre los conceptos penales del funcionario público, función pública y personas que desempeñan la función pública*, en Cuadernos de Política Criminal, nº 62, 1997.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*. INAP y Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
- VIRTOS LARRUSCAÍN, M.J., *EL delito de prevaricación del funcionario público* en ASÚA BATARRITA (Ed.): «Delitos contra la Administración Pública», PVAP, 1997.
- WELZEL, H. *Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, insbesondere en NJW*, 1953.