



ESTUDIOS

EL DELITO DE PREVARICACIÓN: UN ANTES Y UN DESPUÉS DE LA CRISIS ECONÓMICA

MARTA FERNÁNDEZ CABRERA

Investigadora del Área de Derecho Penal
Universidad de Málaga

Revista Aranzadi Doctrinal 3 • Marzo 2017 • Págs. 203 a 227

Fecha recepción: 15/12/2016

Fecha aceptación: 03/02/2017

Resumen: Desde que comenzó el periodo de recesión económica, la conciencia social sobre la dañosidad que irrogan los delitos de corrupción ha aumentado considerablemente entre la ciudadanía española. Desde el punto de vista del Derecho penal, el cambio de percepción no sólo se ha traducido en reformas legislativas de los delitos contra la Administración pública, sino también en la aparición de una nueva corriente jurisprudencial que tiende a dar una respuesta más severa a este tipo de comportamientos de la que se venía dando hasta ahora. Este giro argumentativo se percibe claramente en el delito de prevaricación, que castiga al funcionario que dicta una resolución arbitraria. Antes de la crisis económica, por ejemplo, resultaba habitual que los jueces penales utilizaran los principios de la intervención mínima para desviar conductas hacia otros sectores del ordenamiento jurídico o que exoneraran de responsabilidad porque la conducta del sujeto no cumplía con determinados requisitos que ni si quiera prevé el tipo penal. Sin embargo, desde hace unos años dichos

Abstract: After the economic recession, social awareness about the problem of corruption has increased in Spanish citizenship. From a criminal law perspective, the change in perception has affected the legislative sphere as well as jurisprudential, because judges are punishing more severely these conducts than in the past. This jurisprudential twist seems clear in the judgments handed down the crime of malfeasance of public server (article 404 of the Spanish Criminal Code). Before the economic crisis was common for judges use arguments to absolve some offenders of liability. They have resorted to the argument of the criminal law principles, like ultima ratio to deviate this conduct and punish it in other areas of law or have not punished for this offence even though the subject meets all requirements of the law. However, since some years these reasoning have disappeared or have changed to avoid the acquittal of subjects criminally responsible. Having said that, the objective of this paper is review the elements of this offence and identify those aspects in which the

razonamientos han desaparecido o se han transformado considerablemente con el objetivo de evitar la absolución de sujetos criminalmente responsables. Dicho esto, el presente trabajo tiene como objeto repasar los elementos típicos del delito de prevaricación y traer a colación los principales cambios argumentativos que han tenido lugar en la jurisprudencia penal como consecuencia de la crisis.

Palabras clave: Prevaricación administrativa; corrupción pública; crisis económica.

jurisprudence has changed as a result of the economic crisis.

Keywords: Administrative malfeasance; public corruption; economic crisis.

SUMARIO

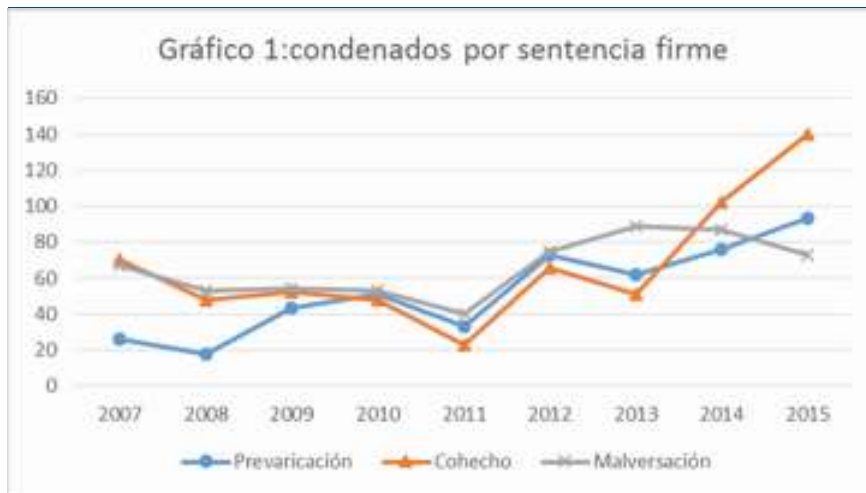
I. INTRODUCCIÓN. II. CAMBIOS RESPECTO AL TIPO OBJETIVO. 1. *Delimitación de la arbitrariedad de la resolución*. 1.1. La referencia a adjetivos como «clamorosa» o «esperpéntica» para describir el grado de ilegalidad. 1.2. La comparación con la infracción administrativa y la alusión al principio de ultima ratio. 1.3. La definición de arbitrariedad incorporando requisitos ajenos al tipo. 2. *Causas de arbitrariedad de la resolución*. 2.1. El incumplimiento de reglas procedimentales básicas. 2.2. La contradicción de la resolución con los Principios generales del Derecho. III. CAMBIOS RESPECTO AL TIPO SUBJETIVO. 1. *La exigencia de un elemento subjetivo de lo injusto*. 2. *Las dificultades probatorias del dolo*. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el año 2009 el fenómeno de la corrupción se ha convertido en un problema social grave a ojos de los españoles y desde el año 2012 en uno de los principales motivos de preocupación para más de un diez por ciento de la población, llegando a subir hasta el 60 por ciento en 2014¹. Este cambio de percepción del problema ha dado lugar a que el poder político, motivado por continuas demandas sociales, haya acudido al Derecho penal en busca de reformas y aumentos de penas dirigidas, en muchos casos, a producir el efecto simbólico de hacer creer a la ciudadanía «que se está haciendo algo» contra la corrupción más que realmente de tomar medidas eficaces que sirvan para mejorar el sistema. No obstante, las modificaciones legislativas y el aumento de pena al que han dado lugar las reformas llevadas a cabo en 2010 y 2015 y que han afectado a casi todos los delitos contra la Administración pública no son el único cambio en el ámbito penal, sino que éste se ha producido a nivel

1. Vid. datos del CIS. Disponibles en <http://www.cis.es/cis/opencms/ES/index.html>. Para ver la evolución desde el año 1995 Vid. TARÍN QUIRÓS, C. «La medición de la corrupción en España: los datos objetivos», en VV. AA. en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2016, pág. 522.

jurisprudencial, con el considerable aumento de condenas (aspecto que se aprecia claramente en el gráfico 1, donde se aprecia desde 2011 una tendencia al alza de forma generalizada de los delitos de prevaricación, malversación y cohecho)².



Fuente: INE

A mi juicio, este incremento de condenas de los delitos contra la Administración viene motivado principalmente por el aumento de la persecución de este tipo de delitos pero también por un cambio de opinión de los jueces en lo relativo a estas figuras delictivas. Desde el año 2010 se viene consolidando una corriente jurisprudencial que tiene como objetivo dar una respuesta más severa a la corrupción de la que se venía dando hasta ahora. Esto no quiere decir que todas las sentencias anteriores a dicho año hayan empleado argumentos claramente orientados a absolver a los sujetos responsables y que las posteriores a dicha fecha, persigan el objetivo contrario, sino que se puede identificar al menos una tendencia en este sentido. La hipótesis de trabajo es que la situación de empobrecimiento de la población española como consecuencia de la recesión económica, que ha afectado también a jueces y fiscales, ha dado lugar a que estos sujetos hayan emprendido la búsqueda de nuevos argumentos o hayan procedido al deshecho de otros con el objetivo de castigar con mayor contundencia este tipo de conductas.

Expuesto el contexto de la investigación, el presente trabajo tiene como objetivo analizar los cambios argumentativos que se han producido en la jurisprudencia del

2. Ahora bien, es conveniente señalar que el aumento de las condenas en la materia no representan necesariamente un aumento de la delincuencia real, tal y como parece creer la opinión pública sugestionada por los datos judiciales publicados en prensa. Como señala VLLORIA MENDIETA, probablemente la corrupción real era mayor durante los noventa, época en la que los controles administrativos y sociales eran menores. La diferencia con la realidad actual es la mayor visibilidad que ha adquirido el problema. VILLORIA MENDIETA, M. «Principales rasgos y características de la corrupción en España», en VV. AA. en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2016, pág. 57.

Tribunal Supremo respecto al delito de prevaricación de funcionarios públicos previsto en el artículo 404 del Código penal. La elección de este tipo penal, que castiga al sujeto que emite una resolución injusta o arbitraria, es especialmente acertada debido a que es, de entre todos los delitos contra la Administración pública, aquel en el que mejor se manifiesta esta nueva tendencia jurisprudencial identificada. Esto se debe, probablemente, a que los tribunales no han mantenido un concepto unánime de «resolución arbitraria», permitiendo castigar a través de este precepto penal un amplio rango de conductas que van de mayor a menor gravedad según el criterio que se mantenga. La dificultad a la hora de delimitar qué debe considerarse una resolución arbitraria ha tenido como efecto que factores extrajurídicos como el aumento de la conciencia social sobre el problema de la corrupción hayan influido para disminuir la tolerancia social de jueces y fiscales respecto a estos comportamientos, lo que claramente se ha traducido en un aumento de condenas. Por ello, en el gráfico 2 se muestra claramente el aumento de diligencias previas en torno a este tipo penal por encima de otros delitos del mismo Título como el de malversación, que, si bien es cierto que refleja una tendencia al alza, se ha mantenido más estable.



Fuente: Ministerio fiscal

Otro argumento por el que la elección de este tipo penal es especialmente adecuada para realizar un análisis sobre los efectos que ha producido la crisis económica en la jurisprudencia de los delitos de corrupción es que su conducta típica, a diferencia de la mayoría de los delitos contra la Administración, a diferencia de lo que ha ocurrido con otros tipos penales, no ha sido objeto de reforma por parte del legislador, por lo que el aumento de condenas en este ámbito sólo puede deberse a un cambio jurisprudencial y no a reformas legislativas que hayan ampliado el ámbito de punibilidad de la conducta de este precepto. Dicho esto, voy a proceder a analizar

los elementos típicos del delito de sobre los que se manifiesta de forma más clara dicho giro jurisprudencial.

II. CAMBIOS RESPECTO AL TIPO OBJETIVO

La conducta regulada en el 404 del CP castiga a «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo». La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia considera que una resolución es un acto administrativo que constituye una declaración de voluntad, de carácter decisorio y efectos ejecutivos externos³. Como señala la STS 939/2003, de 27 de junio (RJ 2003, 4366), «resolver es decidir en sentido material o, como se ha dicho, sobre el fondo del asunto», lo que no significa que el acto deba tener carácter definitivo, agotar la vía administrativa o no ser susceptible de recurso⁴. Por tanto, lo importante es que suponga una declaración de voluntad por parte de la Administración con independencia de la forma que revista (escrita, oral, expresa o tácita)⁵. Además, tal y como establece reiteradamente la doctrina en esta materia, no tiene por qué coincidir literalmente con el concepto de resolución establecida por el Derecho administrativo⁶.

A pesar de los límites amplios en los que se define el concepto de resolución típica, un sector de la jurisprudencia la ha reducido a los términos en los que aparece definida en el artículo 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (anterior LRJPAC), que la circunscribe únicamente a aquella que pone fin al procedimiento⁷. Esto supone una vinculación del término de forma excesiva a la calificación que se le otorgue al acto en la ley administrativa, laboral o fiscal de referencia. Un buen ejemplo de esta postura jurisprudencial es el reconocimiento que han hecho los jueces penales de las actas de infracción o de conformidad levantadas por la inspección fiscal o laboral, que no han sido consideradas «resolución» a efectos penales porque no son definidas como tal en sus legislaciones, dando lugar en estos casos a la absolución por la comisión del delito de prevaricación⁸. Sin embargo, esta posición resulta criticable en la medida que ignora la autonomía conceptual propia del Derecho penal, que permite configurar un concepto propio más acorde con los efectos que

3. VIRTO LARRUSCAIN, M.J. «El delito de prevaricación del funcionario público», VV.AA. *Aspectos generales de los delitos contra la Administración*. Ed. Gobierno Vasco e Instituto Vasco de Administración pública. 1997, pág. 145. Como señala la STS 225/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1359) «dirigida en última instancia a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta».

4. En sentido contrario se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia 502/2012, de 8 junio (RJ 2012, 6737), que señala «no puede afirmarse que se adoptara una decisión definitiva y de fondo sobre el devenir del atestado, al quedar abierta la posibilidad de una ulterior y diferente calificación de los hechos».

5. JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la Contratación pública*. Iustel. 2011, pág. 25.

6. VIRTO LARRUSCAIN, M.J. «El delito de prevaricación...», cit. pág. 145.

7. STS 627/2006, de 8 junio (RJ 2006, 6295). Esta definición se encuentra actualmente recogido en el artículo 88 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

8. Así, las SSTS 939/2003, de 27 junio (RJ 2003, 4366); 309/2012, de 12 abril (RJ 2012, 5612); 48/2011, de 2 febrero (RJ 2011, 2372) y la SAP de Barcelona, de 27 de septiembre de 2002 (ARP 2002, 711).

produce la decisión adoptada en el sistema social, sin vincularlo con la etiqueta que le otorgue la rama del Derecho correspondiente. De esta crítica parecen haberse hecho eco nuestros tribunales que poco a poco están teniendo en cuenta este aspecto y ampliando el concepto de resolución. A modo de ejemplo, se ha calificado como tal el levantamiento de reparo formulado al alcalde por la intervención de fondos⁹ o la decisión de someter al pago de una serie de facturas¹⁰, actos administrativos que en jurisprudencia anterior no habían sido calificados como resolución.

Para que la emisión de una resolución pueda ser sancionada a través del delito de prevaricación deberá ostentar el carácter de «injusta» o «arbitraria», conceptos a los que alude el artículo 404 del Código penal. Mucho se ha escrito sobre ambos términos desde que se incorporó el de «arbitrariedad» a la redacción de 1995. Así, en un principio la doctrina apuntó a que su inclusión suponía exigir un plus de injusto con respecto al previsto en la anterior redacción típica, que sólo hacía referencia a su injusticia. Sin embargo, en la actualidad, la mayoría de los autores conciben los adjetivos «injusta» y «arbitraria» como equivalentes en un Estado de Derecho, pues ambos deben ponerse en relación con el ordenamiento jurídico¹¹ y se vinculan a la idea de legalidad, dado que injusto y arbitrario expresan una contradicción con la ley y con el Derecho¹². Además, tanto la doctrina como la jurisprudencia han insistido en reiteradas ocasiones en que se trata de un concepto objetivo. Por tanto, no depende de las convicciones subjetivas que sobre la Justicia o el Derecho tenga el propio autor, sino que deberá ser puesto en relación con el ordenamiento jurídico, de modo que injusta o arbitraria será toda resolución contraria a Derecho¹³.

Teniendo en cuenta la relación del concepto de arbitrariedad e injusticia con el de legalidad, se puede afirmar que una resolución injusta o arbitraria es una resolución ilegal pero no toda resolución ilegal debe ser considerada injusta o arbitraria a efectos de aplicar el artículo 404 del Código penal. La jurisprudencia en este sentido reitera que para que una conducta pueda ser subsumida en el delito de prevaricación no es suficiente con que sea ilegal, contraria a Derecho, sino que hace falta algo más, la ilegalidad debe revestir el carácter de grave. A menudo se afirma que el tipo penal

9. STS 597/2014, de 30 julio (RJ 2014, 4173).

10. STS 841/2013, de 18 noviembre (RJ 2014, 3061); 520/2016, de 16 junio (RJ 2016, 2805).

11. MUÑOZ CONDE, F. *Manual Penal. Parte especial*. 20.ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015, pág. 850; GARCÍA ARÁN, M. «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*. N.º 11.1997, pág. 360.

12. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 850; MORILLAS CUEVAS, L. «Capítulo 43. Delitos contra la Administración pública (I) Prevaricación y otros comportamientos injustos», en VV.AA. *Sistema de Derecho penal español Parte especial*. MORILLAS CUEVAS, L. (Coord). Dykinson. Madrid. 2011, pág. 920; STS 1223/2004 de 21 de octubre (RJ 2004, 7165). Por el contrario, hay un sector jurisprudencial que considera que el concepto de arbitrariedad supone un plus respecto al de injusticia, como la STS 1056/2002, de 3 de junio (RJ 2002, 6040).

13. VIRTO LARRUSCAIN, M.J. «El delito de prevaricación...», cit. pág. 150; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 850; FABIÁN CAPARRÓS, E. «Lección 24. Delitos contra la Administración pública (I)», en VV. AA. (Coord. TERRADILLOS BASOCO, J.M.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal Tomo III*. Iustel. Madrid. 2016, pág. 151; STS 1636/2000 de 26 de octubre (RJ 2000, 8798) «la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario, y ha requerido que el acto sea objetivamente injusto».

debe reservarse para las infracciones más graves de los principios básicos de la Administración pública y no para meras ilegalidades¹⁴. No constituye prevaricación el mero incumplimiento de formalidades legales al emitir la resolución, sino que se exige un mayor desvalor. La arbitrariedad es más que una simple ilegalidad, implica un plus de antijuridicidad¹⁵. Por ello los tribunales reiteran la idea de que «no existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del Derecho»¹⁶.

No obstante, el verdadero problema respecto al delito de prevaricación es trazar el límite entre la ilegalidad que da lugar a la injusticia o arbitrariedad sancionable por el delito de prevaricación de aquella ilegalidad que no tiene entidad suficiente y no debe ser castigada a través de este sector del ordenamiento¹⁷. Y este ha sido el principal problema de los tribunales con respecto a este tipo penal, pues el establecimiento de un límite de tolerancia penal demasiado bajo posibilitaría que se sancionaran penalmente conductas que no son suficientemente graves, lo que atentaría contra los principios de lesividad y de fragmentariedad. Por el contrario, erigir un límite demasiado alto supondría que conductas suficientemente graves no pudieran ser sancionadas por este tipo penal, dando lugar a la imposibilidad práctica de aplicar el tipo penal y vaciando el precepto de todo contenido intimidador.

1. DELIMITACIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LA RESOLUCIÓN

1.1. La referencia a adjetivos como «clamorosa» o «esperpéntica» para describir el grado de ilegalidad

Con el objetivo de concretar el concepto de arbitrariedad, la jurisprudencia tradicionalmente ha apuntado a que la ilegalidad sancionada por el Derecho penal a través de este tipo penal debe ser «patente», «grosera», «clamorosa», «evidente», «grotesca», etc.¹⁸. Así, la SAP Castellón 360/2004, de 29 de diciembre (ARP 2005, 236), expone «es oportuno recordar el estricto concepto que de aquellos términos viene manejando la más prudente jurisprudencia, que, consciente del carácter de última "ratio" que debe atribuirse al Derecho penal, equipara la manifiesta injusticia a términos como torcimiento del Derecho, contradicción con el ordenamiento de manera patente y grosera, injusticia flagrante y clamorosa, resolución fundada en el simple capricho, arbitrariedad esperpéntica...». Esta línea ha sido reiterada en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo como recoge la sentencia 1223/2004, de 21 de octubre (RJ 2004, 7165), que señala que la prevaricación debe limitarse a «resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante, y clamo-

14. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 849; VIRTO LARRUSCAIN, M.J. «El delito de prevaricación...», cit. pág. 151; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...* cit. pág. 25.

15. FABIÁN CAPARRÓS, E. «Lección 24...», cit. pág. 151.

16. STS 226/2006 de 19 de febrero (RJ 2006, 2275).

17. VIRTO LARRUSCAIN, M.J. «El delito de prevaricación...», cit. pág. 154.

18. Sobre la diferencia entre mera ilegalidad y arbitrariedad *Vid.* ORTIZ DE URBINA GIMENO, I «Delitos contra la Administración pública». VV.AA. (SILVA SÁNCHEZ, J.M. dir. y RAGUÉS I VALLES, R. coord.). *Lecciones de Derecho penal Parte especial*. Barcelona. 2015, pág. 363.

roso o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal». Así, la discordancia entre la resolución y el ordenamiento jurídico debe ser tan patente y clara hasta el punto de «que pueda ser apreciada por cualquiera»¹⁹. Como señala ORTIZ DE URBINA «por medio de la hipérbola se distingue la noción de arbitrariedad del mero incumplimiento legal»²⁰.

A pesar de que esta ha sido la forma argumentar tradicional de los tribunales, hay razones para considerar que esta posición jurisprudencial no establece un límite claro que contribuya a distinguir qué conductas deben ser sancionadas a través de este tipo penal. De hecho, a mi juicio, ha servido para evitar que muchas de ellas, a pesar de su relevancia, no sean sancionadas a través de este precepto²¹. Es cierto que la ilegalidad castigada por el delito de prevaricación debe suponer un plus de antijuridicidad respecto a aquellas conductas previstas en otros sectores del ordenamiento. Es decir, para sancionar una conducta a través de este tipo penal la emisión de una resolución no debe hacerse infringiendo cualquier norma legal, sino que ésta debe ser especialmente importante. Sin embargo, el empleo de adjetivos como «patente», «grosera» o «esperpéntica» para calificar la contradicción de la resolución con el ordenamiento jurídico no parece razonable en la medida que sitúan el límite de relevancia penal en un punto demasiado elevado y difícilmente alcanzable por cualquier resolución. Que el grado de ilegalidad llegue hasta el punto de lo «esperpéntico» o «clamoroso» supone incorporar un requisito típico ajeno demasiado exigente a la redacción del precepto. La dificultad a la hora de alcanzar este nivel de ilegalidad para calificar una resolución como injusta o arbitraria ha permitido absolver en numerosos casos en los que, a pesar de quedar constatada la violación de principios esenciales inspiradores del orden administrativo o aspectos esenciales del procedimiento, el tribunal las ha considerado meras ilegalidades y no cuestiones fundamentales que permiten la aplicación de este tipo penal.

Buena prueba de los efectos que ha producido el establecer un límite tan alto de arbitrariedad es la STS 917/2003, de 23 de junio (RJ 2003, 6245), en la que el Tribunal no condena al alcalde a pesar de que emite una resolución sin aprobar previamente los puestos de trabajo que debían ser asignados, sin prever la asignación económica para la actividad desarrollada y sin realizar la oferta pública de empleo, argumentando que «es obvio que nos hallamos ante meras ilegalidades administrativas y no ante una resolución arbitraria que clamorosamente evidencia un claro desprecio a los intereses generales». En este mismo sentido también se pronuncia la STS 927/2003, de 23 de

19. SSTs 226/2006 de 19 de febrero (RJ 2006, 2275); 487/1998 de 6 abril. (RJ 1998, 4016); 1677/2001 de 25 septiembre. (RJ 2001, 8092); 986/2005 de 21 julio (RJ 2005, 6729). También hablan de la «fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el Derecho» las SSTs 1026/2009 de 16 octubre (RJ 2009, 5994) 181/2012 (RJ 2012, 4065); 340/2012, de 30 abril (RJ 2012, 5975); 696/2013, de 26 septiembre (RJ 2014, 1832).

20. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. «Delitos contra la administración pública...», cit. pág. 363; FEIJOO SÁNCHEZ, B. «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas» en La Ley. 1997 t2, pág. 1681.

21. También en este sentido HAVA GARCÍA, E. «Lección 4.ª Prevaricación de los funcionarios públicos», en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pág. 138.

junio (2003, 6367), que absuelve al alcalde que a través de un procedimiento plagado de ilegalidades administrativas encarga un estudio para la construcción de un parque temático a una empresa privada por 600.000 dólares. En este supuesto de hecho la resolución se emite eliminando deliberadamente los mecanismos de control que prevé el propio procedimiento, como la votación de la decisión por el Pleno del Ayuntamiento y el resto de los órganos colegiados. Sin embargo, a juicio del tribunal «aunque en ella (la resolución) pudiera admitirse la concurrencia de alguna de las ilegalidades denunciadas, lo que en modo alguno puede decirse es que dicho acto constituya una contradicción insuperable y de grado notorio con la legalidad vigente, un torcimiento del Derecho, una flagrante injusticia, una decisión totalmente arbitraria e indigna, impropia de la Administración, ni una situación próxima al abuso de poder, que, en definitiva, es lo que define el panorama jurídico propio del delito de prevaricación».

Además de la dificultad que entraña que una resolución alcance tal nivel de arbitrariedad o injusticia, el hecho de que la ilegalidad del acto deba ser calificada como esperpéntica o clamorosa hasta el punto de que «pueda ser percibida por cualquiera» es criticable. La idea de que cualquiera puede percatarse de la existencia de una ilegalidad parece esconder tras de sí el hecho de que se permite prevaricar al funcionario siempre que lo haga de forma discreta, sin que se note el carácter injusto o arbitrario de la resolución²². Sin embargo, su conducta se convertirá en reprochable si ha sido tan descuidado y su infracción tan burda como para que un sujeto ajeno a la Administración pública la pueda advertir. El problema que plantea esta postura es que, como se señalará a lo largo del trabajo, la práctica administrativa demuestra que una resolución puede ser injusta o arbitraria sin ser una «barbaridad» detectable a simple vista, sino tratándose de una decisión «aparentemente» ajustada a Derecho, sin que a simple vista no vulnera ninguna norma legal²³. Esto sucede, por ejemplo, cuando el proceso de motivación que ha llevado a la adopción de una determinada decisión es contrario a los principios de imparcialidad y objetividad que propugna el ordenamiento jurídico, lo que no siempre es fácilmente perceptible si se atiende únicamente a la decisión concretamente adoptada y no al procedimiento en conjunto.

Esta crítica ha sido incorporada por la jurisprudencia más reciente, como por ejemplo la STS 125/2016, de 22 de febrero (RJ 2016, 538), en la que se castiga a través de este tipo penal a la alcaldesa que aprueba la provisión de un puesto público debido a que las presiones recibidas la llevan a promover a una candidata que tiene en un primer momento la calificación de «no apto». La defensa alega que el resultado de la resolución no es del todo incompatible con la totalidad de las interpretaciones posibles de los preceptos legales que tendrían que haber sido objeto de aplicación. Sin embargo, como acertadamente expone el Tribunal, promover a una candidata calificada como no apta supone una abierta contradicción con el ordenamiento jurídico que debe ser calificada de arbitraria y sancionada a través de este tipo penal.

22. Crítico con esta posición jurisprudencial en el ámbito de la prevaricación judicial. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. «Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la STS de 15-10-1999 (Sala 2.ª)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 415 de 25-11-1999, págs. 1-6.

23. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 850; JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...* cit. pág. 29.

En el razonamiento de esta sentencia late la idea de que para que una resolución sea calificada como prevaricadora no es necesario llegar hasta el límite de otorgar el contrato a alguien, por ejemplo, que no reúne los requisitos para el empleo o que ni si quiera se ha presentado al concurso público, sino que otras infracciones del ordenamiento jurídico más sutiles también pueden ser calificadas como graves y ser objeto de sanción a través de este precepto penal.

En línea con lo acabado de exponer, a diferencia de la judicial, la prevaricación administrativa no es un delito de técnicos en Derecho pero, indudablemente, el sujeto que ejerce funciones públicas tiene conocimientos técnicos superiores a los de la media sobre cómo funciona el procedimiento administrativo. Por ejemplo, una autoridad o funcionario público conoce la necesidad de consignación presupuestaria de un determinado gasto, la obligación de sacar a concurso público la adjudicación de un servicio u obra, las decisiones que deben ser votadas en Pleno o las que pueden ser adoptadas por el alcalde unilateralmente, los contratos que pueden ser tramitados a través del procedimiento negociado o abierto, etc. aspectos sobre la legalidad administrativa ajenos al común de los ciudadanos. Las figuras del alcalde y el concejal ejercen un rol especial definido de forma precisa a través de una serie de deberes y a éstos se les presupone unos mínimos conocimientos sobre la ley y la institución pública por el simple hecho de ostentar dichos puestos, conocimientos que son ajenos al resto de los ciudadanos. Y es ese superior conocimiento de la legalidad administrativa lo que les permite prevaricar sin que sea fácilmente perceptible por cualquiera. Por consiguiente, la ilegalidad que da lugar al delito de prevaricación no debe ser tan clara como para que cualquiera pueda percatarse de la misma, sino que la regla precisamente debe ser la contraria, como señala SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «que la decisión injusta sea encubierta como si de Derecho se tratase»²⁴.

Dicho esto, ninguno de los mecanismos más empleados por los tribunales (los adjetivos ya mencionados y la alusión a que cualquiera pueda percatarse de la ilegalidad) sirven para delimitar el precepto penal y evitar el castigo de conductas irrelevantes. Todo lo contrario, han llevado a los Tribunales a aferrarse a interpretaciones lo más restrictivas posibles del tipo penal, reduciéndolo a los supuestos más evidentes e impidiendo ampliarlo a otros en los que la ilegalidad es más sutil y la resolución es «aparentemente» ajustada a Derecho²⁵. Esta interpretación restrictiva ha dado lugar a que muchos sujetos, especialmente alcaldes y concejales, hayan sido absueltos a pesar de que en la emisión de la resolución administrativa han infringido aspectos procedimentales clave o principios inspiradores del Derecho administrativo. Por consiguiente, a diferencia de lo que ha señalado algún autor, no es que el concepto de arbitrariedad introducido en la redacción de 1995 restrinja el tipo penal, lo que restringe el tipo penal son las interpretaciones que del mismo han hecho los tribunales.

24. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. «Tipo objetivo...», cit. El argumento de la prevaricación judicial que hace este autor es extrapolable a la prevaricación administrativa.

25. En igual sentido respecto a la jurisprudencia de los delitos contra la Administración pública en general RODRÍGUEZ MORO, L. «Corrupción pública e intereses económicos de particulares: el "caso Matas"». Especial referencia a los delitos de prevaricación administrativa, malversación y tráfico de influencias», en VV.AA. (PUENTE ALBA, L.M. Coord). *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*. Bosch. Barcelona, 2015, pág. 188.

No obstante, el incremento de la importancia del problema de la corrupción a nivel social ha dado lugar a que se haya producido un giro jurisprudencial en este sentido. Tras un análisis de las sentencias del Tribunal Supremo con posterioridad a 2010, se puede afirmar que a pesar de que los tribunales siguen evocando en sus sentencias los mismos adjetivos y razonamientos para delimitar el radio de acción del delito de prevaricación, producto probablemente de la práctica habitual por parte de éstos de reiterar argumentos de otras sentencias, desde dicha fecha raramente lo hacen para absolver de comportamientos graves que reúnen los requisitos típicos²⁶. Por ello, los jueces han reiterado en diversas ocasiones que lo determinante no es el empleo de estos adjetivos (refiriéndose a «esperpéntica», «clamorosa», etc.), sino el análisis de los supuestos de hecho donde dichos adjetivos han sido empleados²⁷. En consecuencia, de forma indirecta los propios tribunales han desactivado los efectos negativos que venía produciendo esta corriente jurisprudencial.

1.2. La comparación con la infracción administrativa y la alusión al principio de ultima ratio

Otro de los mecanismos apuntados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina para establecer límites entre la mera ilegalidad y aquella ilegalidad grave que debe ser sancionada a través del delito de prevaricación es el dibujar una línea divisoria con respecto a lo dispuesto por el Derecho administrativo. Así, la jurisprudencia reitera que no podrá ser considerada arbitraria una resolución «cuando pueda ser revisada y sus nocivas consecuencias modificadas en vía de recurso administrativo», evitando así que se acuda a la ultima ratio como medio para sancionar conductas que deben quedar en la jurisdicción administrativa²⁸. En este sentido, se pronuncia también la STS 1636/2000 de 26 de octubre (RJ 2000, 8798), que señala que «las desviaciones de las normas administrativas tienen su corrector más adecuado en la esfera del Derecho administrativo que despliega una amplia cobertura y garantía para los administrados en general, por la vía de las reclamaciones en vía gubernativa y eventualmente en la jurisdicción Contencioso-Administrativa». Por ello, apunta el Tribunal, «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 prevaricación²⁹».

26. Un buen ejemplo son las recientes SSTS 670/2015, de 30 de octubre (RJ 2015, 5159) y 225/2015 de 22 de abril (RJ 2015, 1359)

27. Así, la STS 1068/2004 de 29 de septiembre (RJ 2004, 6059) «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 este sentido también las SSTS 228/2013 de 22 marzo (RJ 2013, 8314); 1026/2009 de 16 octubre (RJ 2009, 5994); 504/2003 de 2 abril (RJ 2003, 4204); 49/2010, de 4 febrero (RJ 2010, 1415); 755/2007 de 25 septiembre (RJ 2007, 6285).

28. MORILLAS CUEVAS, L. «Capítulo 43...», cit. pág. 919; HAVA GARCÍA, E. «Lección 4.ª...», cit. pág. 124; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 849.

29. STS 1658/2003, de 4 de diciembre (RJ 2004, 1781). En igual sentido STS 755/2007 (RJ 2007, 6285); 927/2003 de 23 de junio (RJ 2003, 6367); STS 225/2015 de 22 de abril (RJ 2015, 1359); 340/2012, de 30 de abril (RJ 2012, 5975).

Sin embargo, recurrir al Derecho administrativo y al principio de *ultima ratio* como criterio delimitador de la arbitrariedad penalmente relevante también resulta muy cuestionable. La posición jurisprudencial expuesta parece apuntar a que si la ilegalidad puede ser subsanada en el ámbito administrativo no requerirá la exigencia de responsabilidad penal al funcionario que emite la resolución, por lo que sólo deberá ser objeto de sanción penal únicamente aquella ilegalidad administrativa que no pueda ser reparada en este sector del ordenamiento. Es decir, según esta postura, la imposición de una sanción penal a un sujeto responsable depende de que la ilegalidad cometida pueda ser subsanada a través de la declaración de nulidad o anulabilidad de la resolución dictada. No obstante, una cuestión es anular una decisión con el fin de que deje de producir efectos en el sistema social de referencia y se repare cuanto antes la legalidad vulnerada, tarea que se lleva a cabo desde el Derecho administrativo, y otra muy distinta es exigir responsabilidad personal a un sujeto por un comportamiento socialmente dañoso cometido. Ambos sectores, administrativo y penal, no son alternativos sino complementarios y deben ser capaces de intervenir conjuntamente en caso de que se comenten ilegalidades graves³⁰. De hecho, que intervengan ambos ordenamientos será lo más deseable desde un punto de vista global del ordenamiento jurídico, por un lado, declarar la nulidad o anulabilidad del acto para reparar el orden administrativo perturbado y por otro, imponer una sanción al sujeto responsable para que se desplieguen en ese caso los fines de la pena.

Señala la jurisprudencia más tradicional que no se puede identificar simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación³¹ pero lo cierto es que en un sector del ordenamiento jurídico como el administrativo, donde rige el principio de conservación del acto, la declaración de nulidad supone un poderoso indicio para poder afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria encuadrable en el delito de prevaricación. Y así lo apunta la reciente STS 225/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1359), «los acuerdos fueron anulados por la jurisdicción contencioso administrativa, declarando que había “desviación de poder”, lo que implica de por sí una actuación dictada groseramente fuera del ordenamiento jurídico». De hecho, como señala HAVA GARCÍA, resulta difícil imaginar supuestos en los que un acto nulo de pleno derecho desde el punto de vista administrativo no revista también el carácter de resolución arbitraria sancionable a través del delito de prevaricación. Por consiguiente, en las próximas líneas se analizarán las causas de nulidad de pleno derecho que en líneas generales coinciden con las causas de arbitrariedad que la jurisprudencia penal identifica para aplicar el delito de prevaricación (ausencia de competencia, infracción de los requisitos procedimentales esenciales, que la resolución sea contraria al ordenamiento jurídico)³².

La alusión a los principios de la intervención mínima para absolver a sujetos criminalmente responsables y desviar conductas a otros sectores del ordenamiento jurídico

30. En sentido contrario MORILLAS CUEVAS, L. «Capítulo 43...», cit. pág. 919.

31. La STS 49/2010, de 4 de febrero (RJ 2010, 1415) expone «A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación».

32. HAVA GARCÍA, E. «Lección 4.ª...», cit. págs. 137-138. Como señala la autora, la prevaricación requiere que la infracción de la legalidad administrativa sea tan grave como para suponer la nulidad de pleno derecho no simplemente la anulabilidad. «Lección 4.ª...», cit. pág. 138.

como el Derecho administrativo es un fenómeno que se produce casi exclusivamente en el ámbito de los delitos contra la Administración pública y, en especial, en el delito de prevaricación³³. La supuesta falta de gravedad de la conducta a juicio del tribunal ha sido lo que ha motivado que se hayan derivado conductas tanto a la jurisdicción contencioso-administrativa como al Derecho disciplinario. En este sentido se pronuncia la STS 1068/2004 de 29 de septiembre (RJ 2004, 6059), que apunta que «el principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación administrativa, no contra meras irregularidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden contencioso-administrativo» o la STS 727/2000, de 23 octubre (RJ 2000, 9963), que apunta «El control de legalidad de los actos de la Administración corresponde básicamente a la jurisdicción contencioso-administrativa y no tendría sentido, desde la conceptualización del derecho penal como última ratio, una sistemática criminalización de los actos administrativos que no fuesen adecuados a derecho o implicasen desviación de poder». Asimismo, la STS 941/2009, de 29 septiembre (RJ 2009, 5984), argumenta «el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho penal, en cuanto el ius puniendi debe constituir la ultima ratio sancionadora».

Sin embargo, como señala ÁLVAREZ GARCÍA, la alusión a los principios de la intervención mínima para derivar conductas a otros sectores del ordenamiento resulta del todo censurable debido a que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han reiterado en diversas ocasiones que estos principios constituyen un criterio regulador de la política criminal dirigido al legislador y no una regla de aplicación de la ley que recaiga sobre el juez. Es al legislador y no al juez a quien corresponde en cada caso determinar lo que debe entenderse por intervención mínima. Como señala este autor, «al aplicador de la ley lo que le corresponde es la comprobación de la tipicidad; su margen de discreción está delimitado por el principio de legalidad»³⁴. Por consiguiente, al utilizar este argumento, los tribunales confunden dos planos de la discusión, el del principio de intervención mínima, del que se ocupa el legislador al decidir opciones de política criminal, y el de comprobación de la tipicidad, que corresponde al juez y cuyo margen de discreción está delimitado por el principio de legalidad. Así, prosigue el autor, una cosa es la intervención mínima y otra, la significatividad del ataque, que supone la efectiva constatación de la existencia de una

33. Críticamente JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...* cit. pág. 39-40 y 62-63; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Lección 1.ª Introducción a los delitos contra la Administración pública», en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J. Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, págs. 46-48.

34. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Lección 1.ª Introducción...», cit. pág. 47; El ATS 517/2013 de 7 marzo (JUR 2013, 105100) expone «No es aplicable el principio de intervención mínima del Derecho Penal por tratarse de un principio que rige al momento de legislar las conductas, pero no al momento de aplicarlas a los hechos cometidos, que, en el caso concreto, son subsumibles en el tipo penal de apropiación indebida que dispone el art.252 del Código Penal».

lesión o peligro para el bien jurídico con suficiente entidad como para entender que el comportamiento es típico³⁵. Y sólo en base a este último argumento podrá fundamentar el juez la no aplicación de un precepto cuando se dan todos los requisitos típicos. En definitiva, el juez podrá absolver a un sujeto porque su conducta no constituye una afección al bien jurídico suficientemente grave pero no por el hecho de que el principio de *ultima ratio* le obligue a aplicar con carácter preferente una sanción o norma dispuesta en otro sector del ordenamiento jurídico. De hecho, la existencia de una infracción «paralela» al delito de prevaricación en otro sector del ordenamiento jurídico no convierte en discrecional la decisión del juez de optar por una u otra, sino que éste debe encontrar el límite de la tipicidad en el cumplimiento de sus propios términos. Asimismo, apunta ÁLVAREZ GARCÍA, «el ampararse en esos casos en el principio de la intervención mínima sólo es una forma de “vestir” la prevaricación» pues, al fin y al cabo, supone aceptar que la conducta enjuiciada es suficientemente grave como para ser objeto de algún tipo de sanción por parte del ordenamiento jurídico y que atenta significativamente contra el bien jurídico³⁶.

Además de lo acabado de exponer, un aspecto que conviene señalar y del que raramente son conscientes los jueces penales que desvían la conducta al Derecho disciplinario, es que los sujetos típicos que habitualmente cometen el delito de prevaricación, las autoridades (alcaldes y concejales en el ámbito local), difícilmente pueden ser sancionados a través de este sector del ordenamiento jurídico. Las sanciones que prevé el 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 (EBEP), sólo pueden ser aplicadas a quienes tienen la condición de empleado público, es decir, funcionarios o personal laboral y no a alcaldes, concejales. Por tanto, desviar las conductas antijurídicas de las autoridades a la sanción disciplinaria supone prácticamente una absolución encubierta de todo tipo de responsabilidad a estos sujetos, dado que las autoridades del régimen local, que son aquellas que más delitos contra la Administración cometen³⁷, prácticamente carecen de la previsión de sanciones para sus conductas en el Derecho administrativo.

En definitiva, el recurso a los principios de la intervención mínima no ha servido al objetivo de evitar la intervención del Derecho penal en ámbitos que deban quedar reservados a otros medios de control social menos restrictivos de Derechos fundamentales, sino que ha dado lugar a una arbitraria aplicación del precepto que ha evitado la condena de determinados sujetos a pesar de que se confirman los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal. No obstante, esta es otra de las líneas jurisprudenciales que poco a poco está siendo modificada con el cambio de sensibilidad social sobre el problema de la corrupción³⁸, aunque también de forma encubierta. A pesar de que los tribunales siguen aludiendo a los principios de la in-

35. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Lección 1.ª Introducción...», cit. págs. 46- 48.

36. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Lección 1.ª Introducción...», cit. págs. 48. En igual sentido JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...* cit. pág. 63.

37. VILLORIA MENDIETA, M y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos», en *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*. N.º 138. 2012, págs. 109-134.

38. En igual sentido JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...* cit. pág. 63.

tervención mínima en los fundamentos jurídicos de sus sentencias, desde 2010 no ha sido empleado para exonerar a sujetos criminalmente responsables por la comisión de conductas típicas³⁹.

1.3. La definición de arbitrariedad incorporando requisitos ajenos al tipo

Además del uso de adjetivos como «patente» o «clamorosa» para calificar la ilegalidad de la resolución o recurrir a los principios de la intervención mínima para delimitar el ámbito del tipo penal, los tribunales también han incorporado requisitos típicos ajenos a la redacción del precepto para evitar el castigo de conductas que, a su juicio, no son suficientemente graves. Por ello se ha absuelto a sujetos que, a pesar de emitir una resolución ilegal, no han causado un perjuicio económico a la Administración o no han obtenido un beneficio de este tipo. Así, por ejemplo, la STS 226/2006, de 19 de febrero (RJ 2006, 2275), señala que «no consta que el precio pagado fuera distinto al precio real, ni por lo mismo la afectación de los intereses económicos de la Administración local; extremo éste que no lo precisa el relato de hechos probados, ni tampoco lo aclara la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida»⁴⁰. También incorporan indirectamente el argumento económico, aquellas sentencias que absuelven a pesar de producirse una adjudicación ilegal de un contrato público al sujeto activo debido a que cumple con la contraprestación del contrato⁴¹. Esto resulta criticable, pues el hecho de que el sujeto haya cumplido religiosamente con su obligación no impide que la adjudicación pueda ser calificada como arbitraria. En el mismo sentido que este sector de la jurisprudencia, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA consideran criticable la condena por parte del Tribunal Supremo que condena al alcalde de un municipio por haber intervenido en la adjudicación de un contrato de suministros de material informático en favor de la empresa de su esposa «habiéndose probado que la adquisición del citado material informático era necesaria y que el precio de adquisición fue incluso favorable al propio Ayuntamiento»⁴².

Esta posición jurisprudencial se basa en que durante mucho tiempo el perfil criminológico del sujeto corrupto que merece un reproche penal se ha vinculado en exceso con aquel que busca la obtención de un beneficio económico personal o de un tercero de tipo. Hasta hace poco la dañosidad social de los delitos de corrupción solo se percibía por la ciudadanía, y por los jueces, si venía acompañada

39. Así, siguen aludiendo a los principios de la intervención mínima pero sosteniendo la condena las SSTS 149/2015 de 11 marzo (RJ 2015, 2588); 225/2015 de 22 abril (RJ 2015, 1359); 797/2015 de 24 noviembre. (RJ 2015, 6320).

40. En este mismo sentido se pronuncian también la STS 927/2003 de 23 de junio (RJ 2003, 6367), que señala «Ningún perjuicio se causó a los querellantes» o la STS 181/2012 de 5 de marzo (RJ 2012, 4065) que expone «tampoco se desprende de los hechos probados que se haya producido ninguna manipulación de los precios»

41. Críticamente JAREÑO LEAL, A. «Los delitos contra la Administración y la Contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial», en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2015, pág. 522.

42. MORALES PRATS, F y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. «Capítulo IX. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función», en VV.AA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Thomson Reuters. Madrid. 2016, pág. 1797.

de un ataque contra el patrimonio público. Sin embargo, si se prevén delitos contra la Administración pública que precisamente no exigen dicho requisito es precisamente por el hecho de que hay conductas corruptas en las que los efectos sociales dañosos que se irrogan en la sociedad no se vinculan con un perjuicio de estas características. El hecho de que el proceso de toma de decisiones esté corrupto o la decisión administrativa se adopte vulnerando gravemente la legalidad produce el efecto de que de la misma no se pueda predicar que se ajusta al interés general, fin que constitucionalmente debe perseguir dicha institución. Por ejemplo, en el ámbito de la contratación pública, si se opta por un procedimiento con una menor publicidad y menores controles, con el objetivo de conceder el contrato a un candidato concreto, la Administración otorga a los administrados un trato desigual que impide a estos participar en condiciones de concurrencia competitiva. De este modo, la institución pública adultera el procedimiento de selección del contratista de tal modo que el contrato no será adjudicado a quien ofrezca las mejores condiciones, el mejor precio, etc., sino a aquel que utilice determinados mecanismos o corruptelas⁴³. De esta manera, la Administración adquirirá bienes o servicios más costosos o de peor calidad, produciéndose un empeoramiento del servicio que ésta ofrece a los ciudadanos.

No obstante, la actitud de los jueces y tribunales ante la corrupción que no se vincula necesariamente con un perjuicio al erario público o con la obtención de una ventaja patrimonial por parte del funcionario, es uno de los principales cambios jurisprudenciales que se perciben desde 2010, pues desde este año se ha desechado definitivamente la alusión a la ausencia de un beneficio económico como argumento para absolver del delito de prevaricación a sujetos criminalmente responsables. De hecho, este cambio de percepción es lo que podría justificar el hecho de que el delito de malversación, de claro contenido económico, se haya mantenido más estable en cuanto al número de condenas en comparación con el delito de prevaricación, que sí ha aumentado considerablemente (ver gráfico 1).

Además del económico, otro de los argumentos que han servido para exonerar de responsabilidad a determinados sujetos ha sido que el autor con su conducta perseguía satisfacer intereses generales o el bien común, a pesar de que «la persecución de fines contrarios al interés general» no constituye un requisito típico ni del tipo objetivo ni del subjetivo. Como señala JAREÑO LEAL «la persecución de intereses generales no es una base suficiente para declarar la atipicidad de una decisión arbitraria porque no cabe perseguir intereses o fines públicos a cualquier precio, es decir, “arrasando” con la legalidad»⁴⁴. Además, como se expondrá más adelante, el cumplimiento de las reglas procedimentales fundamentales forma parte del concepto de interés general, dado que constituyen una garantía para los administrados de que serán tratados en condiciones de igualdad, por lo que no hay nada que justifique la vulneración de las mismas.

43. MEDINA ARNÁIZ, T. «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública» en *La Ley*, n.º 7382, sección doctrina. 2010, págs.1-20.

44. JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...* cit. pág. 41.

Esta línea jurisprudencial también ha ido poco a poco modificándose con el cambio de las circunstancias. Buen ejemplo de ello es la STS 259/2015, de 30 de abril (RJ 2015, 1720), en la que se condena por prevaricación a dos autoridades que por supuestas razones de urgencia fraccionan un contrato con la finalidad de acudir al procedimiento de adjudicación directa, que garantiza en menor medida los principios de publicidad y transparencia, que el de procedimiento negociado o el abierto. Asimismo, también vulneran el procedimiento de adjudicación directa al solicitar a la misma empresa los tres presupuestos y no hacerlo a tres empresas diferentes. Señala en este caso el Tribunal «la contradicción con el derecho que se manifiesta tanto la omisión de trámites esenciales como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta». Por tanto, aunque el fin que se persigue el sujeto es de interés general, el tribunal pone de manifiesto que este hecho no justifica el incumplimiento de normas procedimentales básicas. Así, señala la sentencia, aunque el objetivo era «laudable», en este caso homenajear a las víctimas de la guerra civil y de la represión posterior, «no puede en modo alguno obtenerse, comprometiendo fondos públicos a través de un procedimiento fraudulento que prescinda deliberadamente de los cauces legales»⁴⁵.

A tenor de lo expuesto deben considerarse fracasados los intentos para establecer criterios de distinción entre ilegalidades leves y graves que puedan servir para situar el límite de relevancia penal de la prevaricación. Como se ha señalado, más que buscar la frontera entre ilícito administrativo e ilícito penal, el propósito debe ser establecer criterios objetivos que delimiten la conducta sancionable de aquella que no debe suscitar un reproche en este sector del ordenamiento. Por ello, la jurisprudencia viene estableciendo desde hace tiempo una serie de causas tasadas, que coinciden con las causas de nulidad de pleno derecho, que son: ausencia absoluta de competencia de aquel que dicta la resolución, infracción de las normas más elementales del procedimiento o que la resolución constituya una contradicción clara con los Principios informadores del Derecho administrativo⁴⁶. Como suele señalar el Tribunal Supremo «si se da alguna de ellas de forma grave se puede decir que el único sustento de la misma fue la voluntad del sujeto, convertida irrazonablemente en fuente de normatividad y situada extramuros de toda justificación que pudiera tener el más mínimo apoyo racional⁴⁷». No obstante, a mi juicio, estas tres causas se pueden reconducir a las dos últimas pues, al fin y al cabo, una ausencia absoluta de competencia de aquel que dicta la resolución no es otra cosa que el quebrantamiento de una norma procedimental básica.

45. Parece dirigirse en un sentido contrario, la reciente STS 520/2016 de 16 junio (RJ 2016, 2805)

46. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. «Delitos contra la administración pública»...cit. pág. 362-363 JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*... cit. pág. 27; FABIÁN CAPARRÓS, E. «Lección 24...», cit. págs. 152-153; STS 1658/ 2003, de 4 de diciembre (RJ 2004, 1781); STS 226/2006 de 19 de febrero (RJ 2006, 2275); STS 371/ 2016 de 3 de mayo (RJ 2016, 1726); 1068/2004 de 29 de septiembre (RJ 2004, 6059); 670/2015 de 30 de octubre (RJ 2015, 5191); 225/2015 de 22 de abril (RJ 2015, 1359); 259/2015 de 30 de abril (RJ 2015, 1720).

47. STS 259/2015 de 30 de abril (RJ 2015, 1720). En el mismo sentido STS 1068/ 2004 de 29 de septiembre (RJ 2004, 6059).

2. CAUSAS DE ARBITRARIEDAD DE LA RESOLUCIÓN

2.1. El incumplimiento de reglas procedimentales básicas

La omisión de aspectos procedimentales para la adopción de una decisión no se puede identificar directamente con la calificación de los hechos como prevaricación a menos que, como señala la doctrina y la jurisprudencia, afecte a aspectos esenciales del mismo⁴⁸. La transgresión de una norma procedimental debe ser tan importante como para que implique una perversión del fin público que protege⁴⁹. Por tanto, el delito de prevaricación no se da por el simple hecho de que se hayan quebrantado las formalidades legales, sino porque la infracción de las mismas sea de tal calibre que dé lugar a que la resolución sea contraria a los valores administrativos que debe salvaguardar y respetar la institución pública⁵⁰. Por ende, para considerar que nos encontramos ante una resolución arbitraria no es necesario que el procedimiento esté plagado de irregularidades administrativas, sino que es suficiente con que éstas recaigan sobre aspectos básicos del procedimiento.

A pesar de lo expuesto, en la jurisprudencia española hay un largo historial de absoluciones a sujetos públicos que para la adopción de resoluciones administrativas han prescindido totalmente de las más mínimas reglas procedimentales, como por ejemplo la STS 1658/2003, de 4 de diciembre (RJ 2004, 1781), que absuelve al alcalde que concede una licencia urbanística en contra de la normativa vigente, omitiendo aspectos esenciales del mismo como el proyecto de obra o cualquier clase de informe; la STS 1068/2004, de 29 de septiembre (RJ 2004, 6059), que absuelve al alcalde y a los concejales que impiden a terceros interesados participar en expedientes de concesión de licencias, dejándoles como única vía la de recurrir judicialmente, la STS 917/2003, de 23 de junio (RJ 2003, 6245), que absuelve al alcalde a pesar de que no previó en los presupuestos la asignación económica para retribuir la actividad desarrollada por los posibles contratados, y no publicó la oferta pública de dichos puestos de trabajo o la STS 226/2006, de 19 de febrero (RJ 2006, 2275), que absuelve al alcalde que vende un solar de su propiedad habiendo simulado previamente su enajenación a favor de otro sujeto y sin abstenerse de votar en el Pleno⁵¹.

Estas sentencias, que recurren para absolver a los argumentos de la falta de gravedad de las conductas y de los principios de la intervención mínima, son un ejemplo de que a menudo los jueces penales conciben el procedimiento administrativo como

48. STS 755/2007 DE 25 de septiembre (RJ 2007, 6285); JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia...* cit. pág. 28.

49. VIRTO LARRUSCAIN, M.J. «El delito de prevaricación...», cit. pág. 142; SSTS 331/2003 de 5 de marzo (RJ 2003, 2814); 1818/2012 de 15 de marzo (RJ 2012, 40).

50. STS 1068/2004 de 29 de septiembre (RJ 2004, 6059).

51. En esta sentencia dictamina el Tribunal «nada obsta que los hechos en sí sean reprochables social o moralmente, para que no tengan encaje jurídico-penal, tal y como han sido descritos en los hechos probados». También en este sentido la STS 1056/2002 de 3 de junio (RJ 2002, 6040), que absuelve al alcalde que acomete obras de urbanización antes de que el plan parcial fuera definitivamente aprobado por el organismo superior competente e impidiendo la labor de control del Pleno, o la STS 189/2008 de 25 de abril, que absuelve al alcalde que concede una licencia para el proyecto que él mismo había realizado como arquitecto privado sin que el incumplimiento del deber de abstención se considere grave.

un estorbo burocrático, un lastre que los funcionarios y autoridades públicas pueden incumplir en aras de satisfacer con rapidez y eficiencia los intereses generales. Sin embargo, señalan GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, el procedimiento administrativo constituye una garantía de los mismos, pues posibilita el acierto y la oportunidad de la actuación administrativa, permitiendo que la institución pública tenga en cuenta todos los intereses en juego, «evitando que actúe de forma irreflexiva o arbitraria»⁵². Asimismo, el procedimiento salvaguarda los derechos de los administrados, pues posibilita la participación de posibles personas afectadas en el proceso de adopción de decisiones, permitiendo que éstas puedan intervenir en defensa de sus derechos legítimos. Su importancia es tal, prosiguen estos autores, que «desde este punto de vista, el sometimiento de la actuación de la Administración a un procedimiento legalmente predeterminado es una conquista del Estado de Derecho, una derivación del principio de legalidad»⁵³.

Dicho esto, lo cierto es que los tribunales son cada más conscientes de la importancia que tienen determinados aspectos del procedimiento para que se pueda afirmar que la resolución adoptada es legal y se ajusta a los intereses generales. Así, la STS 455/2015, de 23 junio (RJ 2015, 3430), condena al alcalde porque al emitir la resolución no respeta las normas más elementales del procedimiento de contratación, que adjudica el contrato sin convocar a la mesa de contratación, sin la aportación de los preceptivos informes técnicos y jurídicos, sin invitar a otras empresas a la negociación (requisito indispensable en el procedimiento negociado), etc. Es decir, sin la concurrencia de una serie de aspectos procedimentales que en otras ocasiones se han considerado por los tribunales como meras ilegalidades que podrían quedar subsanadas en el ámbito administrativo⁵⁴.

2.2. La contradicción de la resolución con los Principios generales del Derecho

La segunda de las causas que pueden dar lugar a la declaración de arbitrariedad de una resolución es que con la misma se persigan fines contrarios al ordenamiento jurídico, quebrantando Principios generales del Derecho como los de igualdad, imparcialidad, objetividad. Esta situación se produce cuando la resolución se emite como consecuencia de un proceso de motivación erróneo, es decir, cuando tiene lugar una desviación de poder, pues, en ese caso, constituye una clara contradicción con el ordenamiento jurídico. Como señala FEIJOO, una resolución es arbitraria cuando se infringe la legalidad en una actividad reglada de la Administración (infracción de la norma) pero también cuando se trata de una actividad discrecional y se produce desviación de poder. Así, aunque no exista una infracción formal de la ley, la reso-

52. GAMERO CASADO, E Y FERNANDEZ RAMOS, S. 11.ª Ed. *Manual básico de derecho administrativo*. Tecnos. Madrid, pág. 342. En este sentido también se pronuncia la STS 1658/2003, de 4 de diciembre (RJ 2004, 1781), en la que se apunta que el procedimiento «tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones».

53. GAMERO CASADO, E y FERNANDEZ RAMOS, S. *Manual básico...* cit. págs. 341-342.

54. Tampoco considera la jurisprudencia actual una mera irregularidad o un requisito procedimental subsanable, a diferencia de otras sentencias pre crisis, la consignación presupuestaria del gasto o el expediente de adjudicación. *Vid.* STS 815/2014 de 24 noviembre (RJ 2015, 24).

lución es arbitraria e injusta por infringir los principios generales del Derecho⁵⁵. La desviación de poder es una institución propia del Derecho administrativo que permite emitir la declaración de ilegalidad de un acto administrativo cuando quien adopta una decisión en el ejercicio de potestades discrecionales lo hace, en apariencia, respetando la legalidad pero persiguiendo en el fondo fines (públicos o privados), distintos a los que la norma permite o para los que la potestad fue conferida⁵⁶. Por ello, la desviación de poder se prevé como causa de ilegalidad administrativa pero también como una causa de arbitrariedad de una resolución que puede dar lugar a un delito de prevaricación⁵⁷.

A pesar de que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia reconocen que la desviación de poder es una causa de arbitrariedad de la resolución que puede, en caso de que sea grave, ser sancionada a través del delito de prevaricación, lo cierto es que hay un sector doctrinal y jurisprudencial que consideran que una resolución «aparentemente ajustada a Derecho» pero interesada en cuanto al fondo no puede ser castigada a través del 404 del Código penal si no ostenta el carácter de «injusta» o «arbitraria». Así, por ejemplo, hay autores que distinguen entre una resolución prevaricadora, que es aquella arbitraria o injusta, y la que se deriva de un delito de cohecho o de tráfico de influencias, que simplemente sería desviada⁵⁸. Sin embargo, a mi juicio, le asiste la razón al sector de la doctrina que considera que no se puede distinguir entre una resolución ilegal y otra parcial o desviada pues, ambas son contrarias al ordenamiento jurídico y prevaricadoras. Una resolución que proviene de un procedimiento de toma de decisiones erróneo, como aquella que se emite como consecuencia de un cohecho o de un delito de tráfico de influencias, es siempre injusta, arbitraria y, por consiguiente, prevaricadora. Y en este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia más reciente⁵⁹.

55. FEIJOO SÁNCHEZ, B. «Delitos contra la Administración pública...», cit. pág. 1681. En el mismo sentido, la STS 406/2004 de 31 de marzo (RJ 2004, 2851) exponer que la arbitrariedad de la resolución se debe tanto a la carencia de elementos formales procedimentales legalmente exigibles para la producción del acto administrativo pero también porque su contenido sustancial sea contrario al ordenamiento jurídico.

56. Como señalan ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J., desviación del poder, fraude de ley y abuso del derecho son «ilícitos atípicos», situaciones excepcionales en las que en la aplicación del derecho al caso concreto deben primar los Principios Generales por encima de las reglas. *Vid. Ilícitos atípicos*. Trotta. Madrid, 2010.

57. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 850; SAP Castellón 360/2004 de 29 de diciembre (ARP 2005, 236).

58. Así, CUGAT MAURI, M. «El tráfico de influencias: un tipo prescindible», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 16-07(2014), pág. 9; OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho...*cit. pág. 484; MORALES PRATS, F. Y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. «Capítulo V. Del Cohecho», en VV. AA. *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*. Aranzadi Thomson Reuters. Pamplona 2011 pág. 1755; ACALE SÁNCHEZ, M. «Lección 25. Delitos contra la Administración pública (II)», en VV. AA. (Coord. TERRADILLOS BASOCO, J.M.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal Tomo III*. Iustel. Madrid. 2016, pág. 183; SAP de Segovia 55/1999 de 26 de mayo (ARP 1999, 2520); SAP Castellón 360/2004 de 29 de diciembre (ARP 2005, 236). Así, la SAP Cantabria 169/2004 (JUR 2005, 65611) expone «las decisiones adoptadas pueden tildarse de parciales e interesadas y, en tal sentido, pueden considerarse discutibles, pero no contravienen la legalidad vigente»

59. Así, la STS 125/2016 de 22 de febrero (RJ 2016, 538). También la que proviene de un cohecho STS 670/2015 de 30 de octubre (RJ 2015, 5191); MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial...* cit. pág. 850; FEIJOO SÁNCHEZ, B. «Delitos contra la Administración pública...», cit. pág. 1681; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación del funcionario público*. Civitas. Madrid.1980, págs. 321-323.

III. CAMBIOS RESPECTO AL TIPO SUBJETIVO

1. LA EXIGENCIA DE UN ELEMENTO SUBJETIVO DE LO INJUSTO

Es indiscutible que el delito de prevaricación es doloso y, a diferencia de lo que ha señalado algún sector de la jurisprudencia y de la doctrina, carece de otros elementos subjetivos de lo injusto⁶⁰. A pesar de ello, como se ha señalado previamente, ha sido habitual en la jurisprudencia española que los tribunales hayan absuelto a determinados sujetos debido a que el autor con su conducta no perseguía un beneficio económico o no perseguía fines contrarios al bien común, tratándolos como si de elementos subjetivos de lo injusto se trataran. Como señala JAREÑO LEAL, «hay que distinguir entre el elemento subjetivo presente en los hechos, por una parte, y la finalidad perseguida con los mismos, por otra (como se hace, en general, en todos los delitos)». Así, prosigue la autora, «es indiferente que el funcionario busque finalmente su enriquecimiento o que sólo persiga lo que a su juicio son intereses generales»⁶¹, pues dichas finalidades son ulteriores y ajenas al dolo y ni si quiera son exigidas por el tipo penal.

2. LAS DIFICULTADES PROBATORIAS DEL DOLO

Otro de los aspectos problemáticos del tipo subjetivo del delito de prevaricación ha sido la prueba del dolo, problema compartido con el resto de los delitos contra la Administración pública. En este sentido, la doctrina suele aludir a la existencia de dificultades probatorias insalvables⁶², que se suelen vincular a la complejidad del procedimiento administrativo, en especial el de contratación pública, difícilmente entendible para el juez penal. Sin embargo, como no podía ser de otra manera, es precisamente en el procedimiento y en sus reglas donde se encuentra la clave probatoria de este precepto, pues el incumplimiento de algunos de sus requisitos funciona como indicio de una resolución ilegal o interesada. Así, la eliminación deliberada por parte del Alcalde del control que ejercen otros agentes, como por ejemplo el Pleno del Ayuntamiento o el del resto de los administrados, el fraccionamiento del contrato para evitar acudir a procedimientos más transparentes y que gozan de una mayor publicidad, la ausencia de motivación suficiente de determinadas decisiones administrativas o de informes preceptivos, etc. son indicios que pueden revelar una intención prevaricadora por parte del sujeto activo, cuya prueba se realizará a través de un juicio de inferencia a partir de datos externos, objetivos y probados⁶³.

60. Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. 1991 t-2, pág. 386. En sentido contrario, se pronuncia a favor de exigir un elemento subjetivo de lo injusto consistente en la conciencia de la ilegalidad de la resolución la STS 1056/ 2002 de 3 de junio (RJ 2002, 6040).

61. JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia*...cit. pág. 42.

62. JAREÑO LEAL, A. «La corrupción en la contratación pública» en VV.AA. *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*. (Dir. JAREÑO LEAL, A.). Iustel. Madrid. 2014.

63. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. 1991 (T-2), pág. 383.

Por tanto, a diferencia de lo que se suele afirmar tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la prueba del dolo no resulta tan compleja si se infiere este adecuadamente de datos objetivos y probados y si, por supuesto, no se incorporan al tipo objetivo o al tipo subjetivo, requisitos inexistentes en la redacción del precepto. Por eso, como apunta RODRÍGUEZ MORO, a menudo, el problema no es la imposibilidad de probar ciertas conductas, sino la existencia de una corriente jurisprudencial que ha tendido a aferrarse a interpretaciones de los tipos penales lo más restrictivas posibles⁶⁴.

En cualquier caso, uno de los principales problemas respecto a la prueba del dolo es lo habitual que resulta que se alegue por parte de la defensa el desconocimiento del sujeto activo de los requisitos técnicos del procedimiento previstos legalmente que le obligaban a actuar de una determinada manera. Así, por ejemplo en la STS 1718/2002 de, 21 de octubre, el tribunal aprecia un error de prohibición debido a que nadie advirtió al alcalde de la ilegalidad de su conducta, dado que el municipio por ser pequeño no contaba con gestores con los suficientes conocimientos técnico-jurídicos para conducir los trámites administrativos y no consta que el Secretario-interventor ni si quiera pusiera nota desfavorable en los actos administrativos llevados a cabo⁶⁵. Sin embargo, aunque es cierto que el error de prohibición es habitualmente alegado, raramente es aceptado por los Tribunales y menos aún tras el aumento de la conciencia de los jueces sobre la importancia del problema de la corrupción. La fundamentación en este caso de un error de prohibición difícilmente puede prosperar, en primer lugar, porque resulta cada vez más habitual que las autoridades sean advertidas sobre la ilegalidad de su conducta por el secretario del Ayuntamiento u otros funcionarios con conocimientos técnicos del Ayuntamiento⁶⁶. Pero aunque no existan dichas advertencias, el juez podrá realizar la imputación del dolo basándose simplemente en la existencia de un rol, el de alcalde, concejal o funcionario, al que se le presuponen una serie de conocimientos técnicos propios de su rango o nivel jerárquico⁶⁷. En este sentido se pronuncia la reciente STS 436/2016, de 23 mayo (RJ 2016, 2500), que señala «la pretendida falta de dolo por parte de los recurrentes, debe rechazarse por ser incompatible con las maquinaciones y simulaciones efectuadas»⁶⁸. Tampoco cabe apreciarlo cuando el sujeto se pone en una

64. En igual sentido RODRÍGUEZ MORO, L. «Corrupción pública e intereses económicos de particulares: el “caso Matas”». Especial referencia a los delitos de prevaricación administrativa, malversación y tráfico de influencias», en VV.AA. (PUENTE ALBA, L.M. Coord). *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*. Bosch. Barcelona, 2015, pág. 187.

65. Acepta también un error de prohibición por el hecho de que la secretaria del Ayuntamiento no advirtió de la ilegalidad la STS 189/2008 de 25 de abril (RJ 2008, 1855).

66. Así, las SSTs 1658/2003, de 4 de diciembre (RJ 2004, 1781); 1223/2004 de 21 de octubre (RJ 2004, 7165); 1343/2003 de 20 de octubre (RJ 2002, 7927); 755/2007 de 25 de septiembre (RJ 2007, 6285); 815/2014 de 24 de noviembre (RJ 2015, 24); 259/2015, de 30 de abril (RJ 2015, 1720).

67. Como apunta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, tal modo de proceder por parte del juez no sólo es lícito sino que es la única posibilidad que tiene en materia de la prueba del dolo. Así, lo manifiesta para el juez en el delito de prevaricación pero su argumento es extrapolable al sujeto público. *Vid.* SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. «Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la STS de 15-10-1999 (Sala 2.ª)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 415 (1999), págs. 1-6. En igual sentido VIRTO LARRUSCAIN, M.J. «El delito de prevaricación...», cit. pág. 159.

68. En igual sentido, la SAP Almería 8 de junio de 1999 que desestima el error de prohibición porque aparece como «evidentemente ilícito a la consideración de cualquier persona, de manera que el error de prohibición no puede ser estimado».

situación de ignorancia voluntaria, lo que supone un ejemplo de que la jurisprudencia castiga conductas que se cometen con dolo eventual⁶⁹.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo se ha constatado un cambio jurisprudencial como consecuencia del periodo de transformación social en el que nos encontramos inmersos y que se ha traducido en modificaciones interpretativas sobre los diferentes elementos típicos, tanto objetivos como subjetivos, del delito de prevaricación. Buena muestra de la nueva sensibilidad que los jueces han desarrollado ante el problema de la corrupción es el alegato que hace CONDE PUMPIDO con carácter previo a la STS 259/2015, de 30 de abril (RJ 2015, 1720), que señala «pocas dudas pueden albergarse, y menos en el momento actual en el que la reacción social frente al fenómeno de la corrupción política y administrativa está a la altura de la relevancia de esta lacra, respecto de la necesidad de que los gestores públicos gocen de la confianza y el respeto de los ciudadanos. Y si para ello es exigible cierta ejemplaridad social a quien ejerce cualquier función pública, con más intensidad debe hacerse respecto de aquellos cuya función consiste precisamente, en ser representantes de los ciudadanos».

En cuanto al tipo objetivo, uno de los cambios que se ha producido ha sido el abandono de requisitos inexistentes en el tipo penal utilizados a menudo por la jurisprudencia para evitar condenar a determinados sujetos. Así, la jurisprudencia actual prescinde de aquellos razonamientos consistentes en exigir un perjuicio económico para la Administración pública, la obtención por parte del sujeto activo de un beneficio en este sentido o que el sujeto persiga fines contrarios al interés general. Asimismo, se ha producido un giro jurisprudencial en torno a los criterios para considerar que una resolución es injusta. De este modo, se recurre en menor medida a adjetivos como «clamorosa» o «esperpéntica» para delimitar el concepto de arbitrariedad de la resolución, y se han reducido las desviaciones al ámbito del Derecho administrativo. Aunque se siga haciendo referencia a estos adjetivos y a los principios de la intervención mínima en los fundamentos jurídicos de muchas sentencias postcrisis, en la actualidad raramente operan para evitar la condena de sujetos criminalmente responsables. Por ello, aunque no operen en este sentido, a mi juicio, sería recomendable desterrarlos definitivamente de la jurisprudencia. Asimismo, también se ha transformado la sensibilidad del juez con respecto a la importancia del procedimiento y sus reglas. Son cada vez menos las sentencias que consideran «meras ilegalidades» supuestos en los que se prescinde de aspectos procedimentales trascendentes, como por ejemplo, aquellos que afectan al control de la resolución por parte de otros agentes, la ausencia de consignación presupuestaria o la emisión de una resolución sin los informes técnicos obligatorios.

69. SAP Cáceres 7/2005 de 21 de abril (JUR 2005, 110910) en la que el alcalde no respetó las normas más elementales de contratación pero tampoco cubrió la plaza de secretario, eludió consultar al asesor jurídico...o la SAP de Islas Baleares 68/2012 de 16 julio (ARP 2012, 788) en la que el tribunal expone claramente «No podemos asimilar la ignorancia -deliberada- al error, dicho desconocimiento de la Sra. Emilia, que se pretende por la defensa, era consecuencia directa de la inexistencia de control por su parte. El dolo del que, siendo garante y conociendo las circunstancias que lo obligan a actuar, omite hacerlo, no ofrece ninguna duda».

En lo relativo al tipo subjetivo, se puede decir que se constata una nueva tendencia jurisprudencial orientada a facilitar la prueba del dolo. Resulta cada vez más común que los tribunales infieran de manera correcta el elemento subjetivo de datos objetivos y probados, atendiendo precisamente al rol del funcionario o autoridad que le otorga al sujeto activo una serie de conocimientos técnicos. La asunción por parte de los jueces de esta premisa ha dado lugar a que se hayan reducido los casos en los que se admite la existencia de un error de prohibición. Si antes de la crisis resultaba raro que los tribunales aceptaran que el sujeto desconocía que la emisión de una determinada resolución exigía una serie de pasos legales, menos aún en la actualidad. En cualquier caso, lo que ha contribuido indudablemente a reducir la alegación y admisión de errores de prohibición ha sido el incremento de intervenciones del Secretario del Ayuntamiento u otros funcionarios técnicos advirtiendo de la ilegalidad de la conducta a alcalde y concejales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. «Lección 25. Delitos contra la Administración pública (II)», en VV. AA. (Coord. TERRADILLOS BASOCO, J.M.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal Tomo III*. Iustel. Madrid. 2016.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Lección 1.ª Introducción a los delitos contra la Administración pública», en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J. Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, págs. 27-54.
- CUGAT MAURI, M. «El tráfico de influencias: un tipo prescindible», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 16-07(2014), págs. 1-23.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. «Lección 24. Delitos contra la Administración pública (I)», en VV. AA. (Coord. TERRADILLOS BASOCO, J.M.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal Tomo III*. Iustel. Madrid. 2016.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas» en *La Ley*. 1997 t2, págs. 1.678-1.694.
- GAMERO CASADO, E Y FERNANDEZ RAMOS, S. 11.ª Ed. *Manual básico de derecho administrativo*. Tecnos. Madrid, 2015.
- GARCÍA ARÁN, M. «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*. N.º 11, 1997, págs. 357-370.
- HAVA GARCÍA, E. «Lección 4.ª Prevaricación de los funcionarios públicos», en VV.AA. (ÁLVAREZ GARCÍA, J Coord). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, págs. 119-147.
- JAREÑO LEAL, A. *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*. Iustel. Madrid. 2011.
- JAREÑO LEAL, A. «La corrupción en la contratación pública» en VV.AA. *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*. (Dir. JAREÑO LEAL, A.)Iustel. Madrid. 2014.

- JAREÑO LEAL, A. «Los delitos contra la Administración y la Contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial», en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. (VILLORIA MENDIETA, M.; GIMENO FELIÚ, J.; TEJEDOR BIELSA, J. Dirs) Atelier. Barcelona. 2015, pág. 529.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (A propósito de la sentencia del TS sobre el “caso Barreiro”)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*. 1991 (2), págs. 363-412.
- MEDINA ARNÁIZ, T. «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública» en *La Ley*, n.º 7382, sección doctrina. 2010, págs. 1-20.
- MORALES PRATS, F y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. «Capítulo IX. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función», en VV.AA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Thomson Reuters. Madrid. 2016, pág. 1795-1808.
- MORILLAS CUEVAS, L. «Capítulo 43. Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en VV.AA. *Sistema de Derecho penal español Parte especial*. MORILLAS CUEVAS, L. (Coord). Dykinson. Madrid. 2011.
- MUÑOZ CONDE, F. *Manual Penal. Parte especial*. 20.ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. *La prevaricación del funcionario público*. Civitas. Madrid. 1980.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. «Delitos contra la administración pública» en VV.AA. *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. (Dir. SILVA SÁNCHEZ, J.M.). Atelier. Barcelona. 2015.
- RODRÍGUEZ MORO, L. «Corrupción pública e intereses económicos de particulares: el “caso Matas”. Especial referencia a los delitos de prevaricación administrativa, malversación y tráfico de influencias», en VV.AA. (PUENTE ALBA, L.M. Coord). *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*. Bosch. Barcelona, 2015, págs. 139-191.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. «Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la STS de 15-10-1999 (Sala 2.ª)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 415 (1999), págs. 1-6.
- TARÍN QUIRÓS, C. «La medición de la corrupción en España: los datos objetivos», en VV. AA. en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2016, págs. 67-82.
- VILLORIA MENDIETA, M. «Principales rasgos y características de la corrupción en España», en VV. AA. en VV. AA. *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Atelier. Barcelona. 2016, págs. 47-66.
- VIRTO LARRUSCAIN, M.J. «El delito de prevaricación del funcionario público», VV.AA. *Aspectos generales de los delitos contra la Administración*. Ed. Gobierno Vasco e Instituto Vasco de Administración pública. 1997, págs. 119-160.