

Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal

2019

Núm. 54 (Abril-junio)

Análisis doctrinal

2. Cuestiones de derecho penal sustantivo

2. La esencia de lo injusto penal propia del delito de prevaricación administrativa: delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo (JORDI CASAS HERVILLA)

2 La esencia de lo injusto penal propia del delito de prevaricación administrativa: delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo

The essence of the unfair criminal of the administrative prevarication: delimitation between the criminal illicit and the administrative illicit

JORDI CASAS HERVILLA

Fiscal Profesor Asociado de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona Doctor en Derecho penal

ISSN 1575-4022

Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 54
Abril - Junio 2019

Sumario:

I. Consideraciones generales

II. El bien jurídico protegido por el delito de prevaricación

III. La delimitación entre lo injusto penal y lo ilícito administrativo

RESUMEN:

El presente trabajo tiene por objeto analizar los límites entre el ilícito penal y el ilícito administrativo en el ámbito de la prevaricación. Para ello se propone una revisión del bien jurídico tutelado por el art. 404 CP

PALABRAS CLAVE: Prevaricación, bien jurídico protegido, infracción administrativa

ABSTRACT:

: The purpose of this work is to analyze the boundaries between criminal and administrative offences in the area of prevarication. To this end, a revision of the legal interest protected by Article 404 of the Penal Code is proposed.

KEYWORDS: Prevarication, legal interest protected, administrative offence

Fecha recepción original: 9 de Enero de 2019

Fecha aceptación: 31 de Enero de 2019

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La doctrina española defiende en la actualidad de un modo abrumadoramente mayoritario la inexistencia de diferencias de orden cualitativo entre el ilícito penal y el ilícito administrativo¹.

En mi opinión, puede afirmarse que las numerosas investigaciones desarrolladas hasta la fecha con el objeto de hallar la esencia de lo injusto penal, auspiciadas por lo general por una suerte de intuición común a los penalistas acerca de la necesaria existencia de elementos ontológicos inherentes a la infracción penal, han fracasado². Resultando posible concluir que, al margen de las de naturaleza meramente formal, las únicas diferencias contrastables de carácter material entre delitos e infracciones administrativas son de orden cuantitativo; el Derecho penal, en virtud de los principios de mínima intervención y fragmentariedad sanciona exclusivamente las más graves lesiones contra bienes jurídicos protegidos. El Derecho administrativo, por su parte, sanciona aquellas conductas que, aún y ofensivas, revelan una menor lesividad para los bienes jurídicos tutelados. Distinción ésta que, como no podría ser de otro modo, encuentra su reflejo en el distinto tratamiento punitivo asociado a los reproches penal y administrativo.

Con todo, debe recordarse que un sector doctrinal minoritario, aunque cualificado, sigue defendiendo aún la existencia de diferencias de carácter cualitativo entre el ilícito administrativo y el penal.

En mi opinión, puede afirmarse que en la actualidad los máximos exponentes en la doctrina española de las denominadas tesis cualitativas o diferenciadoras son SILVA SÁNCHEZ y FEIJOO SÁNCHEZ. De ahí que convenga detenerse brevemente al objeto de analizar aún de modo sintético sus propuestas.

Para SILVA resulta indispensable fijar con precisión los límites entre el ilícito penal y el ilícito administrativo al objeto de poner coto a la progresiva administrativización del Derecho penal que opera como principal causa de la expansión de este sector del ordenamiento jurídico.

Según SILVA, los argumentos tradicionalmente manejados por los defensores de las teorías diferenciadoras, en cuya virtud el Derecho penal sancionaría conductas éticamente reprochables, mientras que el Derecho administrativo se limitaría a sancionar conductas valorativamente neutras de mera desobediencia, resultan insostenibles.

El error de la teoría diferenciadora clásica residiría según SILVA en la circunstancia de haber tratado de construir la delimitación entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo tomando como única referencia la estructura de lo injusto penal, así como la de lo injusto administrativo, pues en realidad no existirían diferencias de carácter ontológico entre ambas modalidades de injusto³.

El análisis de la cuestión debe, en consecuencia, ser abordado desde un enfoque más amplio que tome en consideración aspectos de naturaleza orgánica, funcional y procesal⁴. Pues para SILVA el hecho de que la sanción penal sólo pueda, a diferencia de la administrativa, ser impuesta por un juez, que sólo la sanción penal pueda implicar la imposición de penas privativas de libertad, la distinta naturaleza y finalidad asociadas a las penas y sanciones administrativas, o que el procedimiento penal resulte más garantista, resultan relevantes diferencias de orden cualitativo⁵.

Con todo creo que cabe afirmar que para SILVA las principales diferencias entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo radican en el objeto de protección, así como en la concreta plasmación del principio de culpabilidad en ambos sectores del ordenamiento.

Así las cosas, mientras que el Derecho penal tendría por objeto la protección de bienes jurídicos concretos, mediante el manejo de criterios de lesividad concreta y de imputación individual, el Derecho administrativo tendría por objeto la ordenación de sectores de actividad, y en particular la gestión de los riesgos asociados a cada sector respectivo.

De ahí que para SILVA los principios de ofensividad y culpabilidad se erijan en fundamento

irrenunciable del Derecho penal, a diferencia de lo que sucede en el campo del derecho administrativo sancionador, en tanto que mientras lo injusto penal se construye en torno a la noción de lesividad concreta, lo injusto administrativo lo hace en torno a la noción de riesgo estadístico o abstracto. De suerte que la sanción administrativa de conductas inofensivas resulte viable, abstracción hecha de su concreta ofensividad, en aquellos casos en que exista un riesgo estadístico de reiteración de las mismas. Por ello, en opinión de SILVA, puede afirmarse que mientras que el Derecho penal se rige por el principio de legalidad en la persecución de los ilícitos, el Derecho administrativo lo hace por el principio de oportunidad⁶⁾.

Por su parte, FEIJOO, ha venido postulando que la actual yuxtaposición entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, acaecida fruto de la expansión del Derecho penal, habría convertido en tarea de gran complejidad la delimitación entre ambos sectores del ordenamiento jurídico. En su opinión la situación actual resultaría alarmante, pues habría conducido a una evidente administrativización del Derecho penal fruto de la injustificada y sistemática introducción de tipos penales de peligro abstracto puro⁷⁾.

Creo que puede afirmarse que la posición de FEIJOO se halla muy próxima a la defendida por SILVA, apareciendo en realidad como una reconfiguración adaptada al particular enfoque dogmático que sostiene aquel.

Así las cosas, resulta oportuno recordar que FEIJOO, a través de una genuina simbiosis entre el funcionalismo de corte sistémico y el de signo estructural, sostiene que el Derecho penal debe hallarse orientado a defender la vigencia de las normas, sin negar, no obstante, valor al concepto de bien jurídico, que en su esquema de la teoría del delito sigue apareciendo como límite en la interpretación y aplicación del tipo objetivo⁸⁾.

Según FEIJOO, tanto la sanción penal como la administrativa se hallarían orientadas a la tutela de bienes jurídicos. Sin embargo, claramente influenciado en este particular por el funcionalismo sistémico de JAKOBS, para FEIJOO el delito tendría por objeto la sanción de defectos de organización personales que a su vez incidieran en esferas ajenas de organización, mientras lo ilícito administrativo se caracterizaría por sancionar defectos de organización sin afectación para terceros. Así pues, si bien en ambos casos nos hallaríamos ante una quiebra de las expectativas normativas asociadas al rol que el sujeto está llamado a desarrollar, mientras que lo injusto penal implicaría la lesión de derechos o intereses ajenos, lo injusto administrativo no lo haría⁹⁾.

De ahí que para FEIJOO lo injusto penal goce de un auténtico contenido material, mientras que lo injusto administrativo aparezca adjetivado como un reproche de carácter meramente formal.

Lo expuesto hasta el momento conduce a FEIJOO a concluir que asiste la razón a SILVA cuando éste afirma que la delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador debe realizarse en atención a su distinto objeto. De suerte que mientras que el Derecho penal tendría como finalidad la tutela de bienes jurídicos concretos en casos concretos, el Derecho administrativo sancionador tendría como principal objetivo reforzar mediante sanciones un determinado modelo de gestión sectorial.

De ahí que el carácter meramente formal del reproche administrativo permita, según FEIJOO, construir lo ilícito administrativo, abstracción hecha de criterios de lesividad, con arreglo a criterios de mera oportunidad¹⁰⁾.

Por ello, según FEIJOO la técnica incriminadora propia de los delitos de peligro abstracto puro debiera reservarse en exclusiva para el ámbito administrativo sancionador, en tanto que se caracteriza por la configuración de lo injusto con arreglo a criterios meramente estadísticos o de oportunidad, con absoluta independencia de la concreta lesividad de la conducta objeto de enjuiciamiento.

En mi opinión, y sin que ello implique cuestionar el innegable valor que las propuestas de SILVA y FEIJOO merecen, creo que existen sólidas razones para rechazar los argumentos que ambos autores ofrecen.

Para empezar, si bien cabe afirmar que el Derecho administrativo tiene por objeto regular la gestión de determinados sectores de actividad, no por ello creo que resulte viable extender dicha afirmación al campo del Derecho administrativo sancionador.

Lejos de ello, considero que existen sólidos argumentos que permiten afirmar que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal gozan de idéntico objeto, así como de análoga naturaleza. Pues no en vano Derecho penal y Derecho administrativo sancionador constituyen idéntica manifestación del *ius puniendi* estatal¹¹. Extremo que permite concluir que en tanto que partícipes de idéntico fundamento legitimador, gocen, aún y con algunos matices, de idénticos principios fundacionales.

Dicho recordatorio no resulta baladí, pues resultando incontrovertido lo antes apuntado, debe resultar asimismo innegable que el fundamento que legitima en ambos casos la injerencia del *ius puniendi* sea idéntico.

De ahí que a la hora de abordar el estudio de la legitimación axiológica y funcional de las infracciones administrativas deba prestarse singular atención a los principios que regulan el ejercicio del *ius puniendi*, y no así a los principios generales del Derecho administrativo.

Siguiendo con el razonamiento expuesto, no cabe sino concluir que el legislador únicamente se hallará legitimado para atribuir a una conducta el carácter de infracción administrativa o penal en aquellos casos en que la misma resulte ofensiva para bienes jurídicos. No resultando por ello axiológicamente posible, en ningún caso, excluir la aplicación del principio de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho propio.

De ahí que no pueda sino concluirse que Derecho penal y Derecho administrativo sancionador participan, cuanto menos parcialmente, de idéntico objeto¹².

Adviértase, a modo de ejemplo, que sólo así se explica que existan infracciones administrativas y penales que sancionen idéntica conducta, hallándose además presididas por análogo fundamento tuitivo. Articulándose en estos casos la relación entre ambas a través de los principios de fragmentariedad del Derecho penal y del principio *ne bis in idem*.

Asimismo, en la actualidad puede afirmarse que doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar la plena y necesaria aplicación, sin excepciones, de los principios de culpabilidad y legalidad al Derecho administrativo sancionador. Quedando así desterrada cualquier duda acerca de la posible configuración de reproches administrativos de carácter meramente formal, o de la posible aplicación del principio de oportunidad por parte de los órganos administrativos¹³.

Por lo demás, en lo que a las concretas garantías propias del procedimiento penal y del procedimiento administrativo sancionador se refiere, creo que no cabe afirmar que éstas sean una consecuencia de la distinta naturaleza de la infracción enjuiciada, sino de la distinta gravedad de la sanción a imponer. Claro ejemplo de ello resulta de la circunstancia de que dentro del propio procedimiento penal existen sustanciales diferencias, en lo que a garantías reconocidas al investigado se refiere, en función de la pena asociada al delito atribuido. Así las cosas, mientras que los delitos celebrados ante la Audiencia Provincial serán enjuiciados por tres Magistrados, los enjuiciados por el Juzgado de lo Penal lo serán por un único Juez o Magistrado –diferencia asociada a la gravedad de la pena aparejada al delito objeto de enjuiciamiento–; mientras que en el procedimiento por delito leve la regla general viene siendo la autodefensa por parte de los investigados que además serán enjuiciados por un Juez de Instrucción, etc....

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE PREVARICACIÓN

A la vista de lo hasta ahora expuesto, resulta fácil advertir que ante la inexistencia de elementos de carácter axiológico inherentes a la infracción penal y a la administrativa, la delimitación entre ambas clases de ilícitos deberá efectuarse caso por caso en atención a la concreta ofensividad que la conducta objeto de enjuiciamiento revele para los bienes jurídicos en juego.

De ahí que al objeto de discernir entre el delito de prevaricación administrativa y la mera

comisión de un ilícito administrativo por el dictado de una resolución no ajustada a Derecho resulte esencial determinar con la máxima precisión posible el bien jurídico tutelado por el [art. 404 del Código penal](#). Cuestión que, como a continuación tendremos ocasión de analizar no resulta en absoluta sencilla.

Creo que conviene empezar el análisis acerca del bien jurídico protegido por el delito de prevaricación administrativa subrayando que buena parte de la doctrina española se ha esforzado tradicionalmente en tratar de hallar un bien jurídico protegido de naturaleza categorial predicable de todos los delitos contra la Administración Pública actualmente regulados por el [Título XIX del Libro II del Código penal español](#).

Inicialmente, la doctrina identificó aquel bien jurídico de naturaleza categorial con el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo público predicables de cualquier autoridad o funcionario, o lo es que lo mismo, con la infracción de los deberes de fidelidad o lealtad consustanciales al ejercicio de la función pública¹⁴⁾.

El fundamento de la referida categorización estribaría en la constatación de que los delitos contra la Administración Pública aparecerían en su práctica totalidad configurados como delitos especiales, las más de las veces como delitos especiales propios, dato éste que arrojaría la lógica conclusión de que la esencia de lo injusto penal se identificaría con la infracción de un deber extrapenal únicamente predicable de quien ostentara la condición de funcionario o autoridad. De ahí que la norma penal exclusivamente pudiera entenderse dirigida a motivar a las autoridades y funcionarios que se erigen en sujeto activo del delito.

En mi opinión, si bien es cierto que resulta usual entender que buena parte de los delitos especiales propios, particularmente los denominados delitos de funcionarios, se caracterizan por erigir lo injusto penal en torno a la noción de infracción de un deber extrapenal inherente a las concretas condiciones personales del sujeto activo, no lo es menos que no parece en ningún caso razonable entender que el fundamento principal de lo injusto penal en tales casos se identifique con la infracción de tales deberes.

Ciertamente, resulta perfectamente plausible que el legislador decida reducir el círculo de posibles sujetos activos a quienes reúnan determinadas condiciones, por entender que su intervención en la lesión del bien jurídico tutelado por la norma, atendidas las concretas condiciones concurrentes y en particular los singulares deberes inherentes a aquellas convierten su comportamiento en particularmente disvalioso frente al resto de miembros de la comunidad. En definitiva, es al legislador a quien compete discernir de entre las numerosísimas modalidades de comportamiento reproducidas en sociedad cuales, fruto de su mayor desvalor así como lesividad para el bien jurídico –desvalor de acción y de resultado–, merecen ser sancionadas penalmente.

Ahora bien, ello en ningún caso permite perder de vista que el fundamento principal de lo injusto penal propio de un estado social y democrático de derecho debe ser la protección de los bienes jurídicos.

La configuración del deber de lealtad al cargo, o de los deberes inherentes al mismo, como bien jurídico autónomo merecedor de tutela penal resulta artificiosa. Pues, si bien la lealtad al cargo pudiera ser conceptualizada como un valor en abstracto positivo, lo cierto es que en realidad el carácter valioso o disvalioso de las conductas que en ejecución de los deberes hayan sido ejecutadas dependerá de su posible afectación para bienes jurídicos merecedores de tutela en un Estado democrático y constitucional de Derecho. En definitiva, debe recordarse que los conceptos de obligación y deber tienen naturaleza instrumental, pues su nacimiento se encuentra siempre conectado a la consecución de un determinado fin o interés. De ahí que pueda afirmarse que el carácter valioso del cumplimiento del deber no resulte predicable sin más en abstracto, por hallarse en realidad conectado a la finalidad que pretenda conseguirse en última instancia. No resultando en realidad posible desligar la noción de deber del resultado que mediante su cumplimiento pretenda obtenerse¹⁵⁾.

En mi opinión, a la vista de lo hasta el momento razonado, puede afirmarse que la configuración como bien jurídico protegido de los deberes inherentes al cargo conduce a la edificación de un constructo jurídico sin contenido material, que en la práctica implicará desvirtuar la propia noción de bien jurídico protegido fruto de la anulación de las funciones de carácter garantista que tradicionalmente se le han venido asignando. Pues, como señalara OCTAVIO DE TOLEDO, no parece plausible concluir que el mero quebrantamiento de un deber resulte suficiente para colmar la antijuridicidad material necesaria para afirmar el carácter típico de los delitos contra la Administración Pública¹⁶⁾.

A mayor abundamiento, creo que existen buenas razones para concluir que lo contrario implicaría una importante deriva hacia un sistema del delito de corte autoritario próximo al propuesto por JAKOBS, en que el fundamento de lo injusto penal lejos de descansar sobre la protección de los bienes jurídicos en juego, lo haría sobre la idea de protección de las expectativas que todo ciudadano posee en el cumplimiento de la norma por parte del resto de miembros de la comunidad, y en particular sobre la noción de actuación conforme a roles predeterminados.

Desde los postulados epistemológicos del funcionalismo sistémico, JAKOBS defiende que el delito debe ser concebido como un hecho social que comunica la falta de vigencia de la norma, lo que supone una quiebra de las expectativas existentes sobre su cumplimiento. Por ello, según JAKOBS, cabe concluir que el delito pone en riesgo el aseguramiento cognitivo de la colectividad, así como de los roles asignados al sujeto infractor, de lo que se infiere que la producción causal de un daño material a un bien jurídico resulte irrelevante para él, o, en todo caso, deba quedar relegada a un segundo plano⁵⁴⁹.

En apretada síntesis, la teoría del delito de JAKOBS, claramente influenciado en este punto por Niklas LUHMANN, se fundamenta en la consideración de que todos y cada uno de los ciudadanos tiene derecho a confiar en que sus homólogos va a actuar fielmente en el cumplimiento de las normas. De este modo, cuando una persona incumple la norma, frustra las expectativas que los demás ciudadanos habían legítimamente depositado en el respeto por el ordenamiento. El delito, como negación del Derecho, exige entonces la respuesta penal, la pena, como negación del delito que restituye la vigencia de la norma que había sido conculcada y, asimismo, reafirma a los ciudadanos en sus legítimas expectativas¹⁷⁾.

Siendo ello así, si imputar significa atribuir algo a alguien, según JAKOBS, el fundamento de la imputación objetiva debe residir en la atribución al sujeto de la defraudación de las legítimas expectativas sociales que los demás ciudadanos habían depositado en aquel¹⁸⁾.

Para JAKOBS el Derecho penal no tiene por objeto la protección de bienes jurídicos, sino el aseguramiento de las legítimas expectativas normativas de todos los ciudadanos. Propuesta dogmática ésta que en la práctica presupone una confianza ciega en el buen hacer del legislador, negando así función crítica o correctora alguna a la teoría del delito. Lo que a su vez conduce a la absoluta desvirtuación de las funciones garantistas tradicionalmente asociadas a los conceptos de bien jurídico protegido y de antijuridicidad material¹⁹⁾.

La teoría de JAKOBS pretende, en definitiva, proteger el *statu quo* imperante, anulando con ello cualquier posibilidad de evolución social desestabilizante para el sistema, infiriéndose por ello que, a pesar de su carácter pretendidamente científico y avalorativo, se trata de una tesis de marcado signo ideológico²⁰⁾.

Todo ello, debe conducir a la lógica conclusión de que la configuración del bien jurídico protegido en torno a la noción de infracción de los deberes inherentes al rol desarrollados por el sujeto activo no sólo resulta técnicamente controvertida, sino asimismo político-criminalmente indeseable. Pues ello supondría negar toda virtualidad crítica y por ello garantista a la teoría del delito.

A mayor abundamiento, parece asimismo oportuno destacar que la construcción del bien jurídico protegido en torno a la noción de la infracción de los deberes del cargo coloca en exceso el acento en la relación que une al funcionario con la propia Administración, en lugar de hacerlo en la

relación que une a funcionario, autoridades y Administración con los ciudadanos “administrados”. Enfoque este último que, sin embargo, parecería casar mejor con los postulados de un Estado social y democrático de Derecho, pues no debe olvidarse que la Administración no constituye más que un mero instrumento cuyo principal objetivo se orienta a la satisfacción del interés público²¹).

De ahí que pueda concluirse que la tutela de la Administración, de la condición de funcionario y autoridad y de los deberes inherentes al cargo únicamente resulta valiosa en tanto que útil para la satisfacción del interés general. Parece así lógico concluir que el cumplimiento de los deberes del cargo únicamente resultará valioso en aquellos casos en que el mismo se encuentre conectado a la efectiva satisfacción del interés público, extremo éste que a su vez permite inferir que en tal caso, lo realmente valioso no será el deber en sí mismo, sino las razones que subyacen al mismo.

Los argumentos antes expuestos condujeron hace ya varias décadas a la doctrina mayoritaria a abandonar definitivamente la posición doctrinal antes expuesta, postulando como bien jurídico de naturaleza categorial, común a todos los delitos contra la Administración Pública, el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”²²). Tesis ésta a todas luces más respetuosa con los principios y valores constitucionales, así como con los principios de un Derecho penal de corte liberal y garantista. Así, buena parte de la doctrina ha venido estableciendo una estrecha vinculación entre el referenciado bien jurídico y el  [art. 103](#) de la Constitución, en tanto que consagración de los principios esenciales que deben presidir la función pública: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Con todo, en la actualidad, un importante sector doctrinal ha venido cuestionando la posibilidad de configurar un bien jurídico de naturaleza omnicompreensiva que permita englobar modalidades típicas tan variadas como puedan ser la prevaricación, el cohecho, las negociaciones prohibidas o la desobediencia.

En mi opinión, si bien resulta evidente que la configuración como bien jurídico protegido del correcto funcionamiento de la Administración Pública, revela una opción dogmática y valorativamente más adecuada que la sostenida por la tesis tradicional ya superada, no lo es menos que existen buenas razones para concluir que se trata de un concepto en exceso vago e impreciso, y por ello inconcreto, circunstancia que en la práctica dificulta el desarrollo de las importantísimas funciones asociadas al concepto de bien jurídico protegido.

La dificultad asociada a la definición de lo que debe entenderse por correcto funcionamiento de la Administración Pública limita la capacidad dogmática de la noción de bien jurídico, pues ante un concepto tan sumamente vago resulta difícil determinar no ya tan sólo qué conductas resultarán ofensivas, sino de entre aquellas que lo sean cuáles deberán reputarse graves y cuáles no²³). Extremo de suma relevancia al objeto de ofrecer oportuno cumplimiento a los postulados derivados del principio de fragmentariedad del Derecho penal.

Creo asimismo que algunas de las actuales conductas típicas descritas en el  [Título XIX del Libro II](#) del Código penal, pudieran no encontrar acomodo bajo el manto del referenciado bien jurídico categorial, por resultar cuanto menos controvertido que sean ofensivas para el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Así sucedería, a modo de ejemplo, en relación a algunas de las modalidades de cohecho actualmente tipificadas, e incluso respecto de algunas de las modalidades típicas de tráfico de influencias.

A mayor abundamiento, debe asimismo subrayarse que la referencia al correcto funcionamiento de la Administración Pública resulta tan amplia y genérica que asimismo impediría no ya el desarrollo de las importantes funciones dogmáticas asociadas al concepto de bien jurídico protegido sino tan siquiera cumplir una función clasificatoria. Pues el referido concepto impediría establecer diferencias sustanciales entre los delitos contra la Administración Pública y los delitos contra la Administración de Justicia –singularmente respecto del delito de prevaricación judicial–, e incluso en relación a algunos de los delitos contra el orden público²⁴).

A la vista de todo ello, creo que existen buenas razones para afirmar que la noción de “correcto funcionamiento de la Administración Pública” alude, más que a un concreto objeto de tutela susceptible de erigirse en bien jurídico protegido, a un desiderátum que todo lo más debiera identificarse con la *ratio legis* que inspira al legislador en la configuración de los delitos regulados en el  [Título XIX del Libro II](#) del Código penal²⁵⁾.

Es por ello por lo que en la actualidad la doctrina española mayoritaria ha venido en precisar que el concreto interés protegido de modo específico por el delito de prevaricación administrativa debe cifrarse en el sometimiento pleno de la Administración a la Ley, o lo que es lo mismo, en la tutela del principio de legalidad en la actividad administrativa.

De ahí que se postule que el bien jurídico tutelado por el delito de prevaricación administrativa consiste en la tutela del interés en el correcto funcionamiento de la Administración Pública en su vertiente de pleno sometimiento al principio de legalidad en el ejercicio de la función pública²⁶⁾.

En mi opinión, ciertamente, la referida configuración del bien jurídico protegido presenta múltiples ventajas, pues permite concretar el singular interés tutelado por el  [art. 404](#) del Código penal, que a la postre resultará común a las diferentes modalidades de prevaricación, frente al resto de delitos contra la Administración pública regulados por el  [Título XIX del Libro II](#) del Código penal. Dotándose de ese modo de auténtico contenido a la antijuridicidad material de esta modalidad delictiva.

Sin embargo, creo que la referencia al sometimiento pleno a la ley en el ejercicio de las potestades administrativas como bien jurídico protegido resulta cuanto menos controvertida, debiendo por ello resultar matizada por los motivos que a continuación se expondrán.

En primer lugar, considero importante subrayar que el principio de legalidad tiene carácter instrumental, en tanto se configura como medio a través del que lograr ejecutar los objetivos que subyacen tras cada una de las normas que conforman el ordenamiento jurídico. De ahí que si bien cabe afirmar que el respeto por el principio de legalidad pueda ser conceptualizado en abstracto y *prima facie* como algo valioso, lo cierto es que en realidad dicho carácter valioso o disvalioso únicamente puede ser apreciado de modo concreto, atendidos los concretos intereses tutelados por la norma u orden jurídico cuya aplicación se pretende en ejecución del principio de legalidad.

En definitiva, puede afirmarse que el respeto por la legalidad sólo puede ser conceptualizado como algo valioso en aquellos casos en que el interés tutelado por la norma cuya concreta aplicación se pretende resulte conceptualizado como algo valioso. Pues no debe olvidarse que en tanto que principio instrumental su valor no puede ser aprehendido de un modo autónomo sin conexión con la concreta norma cuya aplicación se pretende conseguir mediante su invocación.

Así las cosas, a modo de ejemplo, resulta evidente que la invocación del principio de legalidad no gozará de idéntico valor axiológico en el seno de un estado totalitario o en el de un estado constitucional y democrático de Derecho. Puesto que por más que desde una perspectiva meramente formal los presupuestos para su aplicación sean idénticos en ambas formas de organización del poder, la vinculación a los fines que a través de la aplicación de las leyes se pretenden obtener resulta a todas luces fundamental en orden a determinar su auténtica legitimidad axiológica. Todo ello, sin desconocer que con arreglo a criterios de mera legitimidad funcional el respeto por el principio de legalidad siempre deberá ser conceptualizado como algo valioso.

Es por ello por lo que resulta esencial desarrollar un breve análisis acerca de la aparición del principio de legalidad en su acepción moderna, al objeto de determinar el fin que este “instrumento” se halla llamado a alcanzar. Pues sólo cuando conozcamos el interés que subyace tras el principio de legalidad podremos conocer cuál es el auténtico interés que pretende tutelar el  [art. 404](#) CP al sancionar penalmente el dictado de resoluciones administrativas contrarias al ordenamiento jurídico, y por ello con quiebra del principio de legalidad.

En muy apretada síntesis, y sin ánimo alguno de exhaustividad, cabe señalar que la génesis del moderno Estado de Derecho, en los términos en que actualmente lo concebimos, se encuentra estrechamente ligada a la aparición del Estado liberal dieciochesco y al pensamiento filosófico de la Ilustración²⁷.

Debe precisarse que, tal y como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, todas las formas de organización del poder estatal deben conceptualizarse como caracterizaciones del Estado de Derecho, en tanto que el titular del poder siempre tratará de fundamentar racionalmente la detentación y ejercicio legítimo de su soberanía²⁸. Siendo los principios sustantivos que informen el ejercicio del poder los que permitirán en realidad valorar su legitimidad axiológica.

Retomando el tema que nos ocupa, debe recordarse que el Estado liberal surgió como reacción frente a los abusos de un Antiguo Régimen en donde el poder, en su más amplia acepción, aparecía excesivamente identificado –podríamos incluso afirmar que confundido– con la figura de un soberano adjetivado como “*legibus solutus*”, cuya legitimidad provenía directamente de Dios.

El Estado Liberal reaccionó ante la estratificación social propia del medioevo fruto de la atribución de privilegios estamentarios de los que derivaban diferentes estatus sociales sobradamente admitidos por el ordenamiento jurídico, apareciendo por ello como reacción ante la desigualdad. De ahí precisamente que el Estado liberal se vincule en sus orígenes, al menos formalmente, con la aparición de un Estado de Derecho cuya principal máxima reza que todos somos iguales ante la ley²⁹.

Las revoluciones liberales conducirían a una concienciación colectiva acerca de la igualdad del ser humano y a un progresivo distanciamiento entre el poder político y la religión. Los criterios de legitimación de orden teológico del poder, la estratificación social jurídicamente tutelada y la arbitrariedad judicial propia de este periodo histórico –consecuencia directa del poder omnímodo del soberano– cedieron en el nuevo Estado de Derecho liberal ante la proclamación de la soberanía nacional, la detentación del poder político conforme a criterios de orden estrictamente jurídico, la división de poderes, la instauración del principio de legalidad y el elogio de la razón como única vía de acceso a la verdad, y por lo tanto a la justicia³⁰.

Con todo, no quisiera perder la oportunidad de subrayar un aspecto al que según mi opinión no se ha concedido tradicionalmente la importancia merecida en el estudio de la evolución del pensamiento jurídico. Sin negar el destacado papel que en la construcción de los fundamentos del moderno sistema del Derecho penal ostentan hitos tales como la consolidación de la soberanía nacional, el establecimiento de la división de poderes o la vigencia del principio de legalidad, creo sinceramente que el auténtico cambio de paradigma en el campo de las ciencias penales no se produciría sino gracias a la nueva concepción antropológica ilustrada del ser humano así como a la irrupción de la epistemología kantiana³¹. El reconocimiento del ser humano como sujeto racional, la

delimitación entre razón pura y razón práctica y la consideración de esta última como único mecanismo idóneo de acceso a la verdad, la constatación de la imposibilidad de adquirir certeza objetiva sobre cuestiones metafísicas, así como el emergente agnosticismo fruto de las anteriores consideraciones fueron el auténtico germen de las revoluciones liberales.

El nuevo régimen jurídico-político liberal se erigió, fruto de la influencia de los principios ilustrados, en torno al axioma que predica que todos los hombres, por el mero hecho de serlo, son iguales ante la ley, y por ello libres. Pues el reconocimiento de la igualdad de todos los seres humanos entre sí resulta la premisa básica de la que inferir su libertad. El principio de legalidad se erigía así como elemento basilar en la consecución de la igualdad, pues resultando evidente que todos los seres humanos somos desiguales desde nuestro nacimiento, el único elemento que puede permitirnos una cierta equiparación es precisamente el del tratamiento igualitario ante la ley, concebida como expresión de la soberanía popular que reside en el pueblo.

La atribución de la soberanía al pueblo, y como consecuencia de ello, la configuración de un régimen democrático, si bien con matices, resultaron la más clara plasmación de la cristalización

del principio de igualdad de todos los seres humanos. Extremo éste que supuso la purga de los privilegios estamentarios hasta entonces existentes.

Es en el contexto apuntado, en el que el Derecho administrativo apareció, estrechamente vinculado a los principios de la Revolución Francesa, como garantía de los ciudadanos frente a la Administración. Revelándose como límite que debía operar como barrera infranqueable ante la arbitrariedad absolutista. El control y sometimiento de la Administración a la legalidad resultaban esenciales al objeto de garantizar la efectividad del principio de igualdad, y por ello la proscripción de la arbitrariedad³²⁾.

A la vista de lo hasta el momento expuesto, creo que existen sólidos argumentos para concluir que el objetivo que subyace tras el principio de legalidad es el interés en garantizar la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley en la ejecución de las potestades administrativas.

Debe matizarse, no obstante, que la conclusión expuesta no resulta universal, dado el carácter instrumental del principio de legalidad. Pues el fin asociado al mismo resultará siempre condicionado por el concreto modelo de organización del poder imperante en el territorio en que se pretenda su aplicación.

Así las cosas, mientras que en el seno de un estado de corte totalitario el principio de legalidad operará principalmente como instrumento a través del que garantizar el ejercicio del poder, legitimando las más de las veces la introducción de privilegios de clase en favor de los colaboradores del régimen. En los estados constitucionales y democráticos de Derecho, como lo es el nuestro, la conclusión alcanzada en el presente trabajo si resultará válida.

La configuración de “la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley en la ejecución de las potestades administrativas” como bien jurídico tutelado por el [art. 404](#) del Código penal, resulta asimismo a todas luces compatible con el texto constitucional, que no sólo proclama en su [art. 1.1](#) la igualdad de todos los ciudadanos como valor superior que informará el conjunto del ordenamiento jurídico, y por ello de la actuación de los poderes públicos, sino asimismo como auténtico derecho fundamental de naturaleza subjetiva conforme a lo preceptuado por el [artículo 14](#) [CE](#).

En mi opinión, la configuración del bien jurídico protegido que propongo presenta múltiples ventajas de carácter dogmático y práctico.

Así, en primer lugar, creo que supone una mayor y mejor concreción en la plasmación del interés realmente tutelado, circunstancia que incide decisivamente en la valoración de la legitimidad axiológica asociada a la necesidad de punición de la conducta típica. No en vano, no debe perderse de vista que desde un punto de vista tanto dogmático como axiológico puede no resultar deseable elevar a la categoría de bienes jurídicos meros principios instrumentales huérfanos de contenido material. Pues en realidad, tal y como hemos venido señalando repetidamente, el concreto carácter valioso o disvalioso de dichos principios únicamente puede ser aprehendido una vez puestos en conexión con las finalidades o intereses que con ellos pretende satisfacerse en última instancia.

En mi opinión el principio de legalidad únicamente puede ser conceptualizado como un interés valioso en aquellos casos en que se dirija a lograr vehicular la satisfacción de intereses dignos de tutela tales como la libertad y la igualdad. Pero no así, en aquellos otros casos en que tenga por finalidad legitimar la actuación de estados totalitarios, o la creación y perpetuación de privilegios injustificados.

No en vano, no debe olvidarse que desde una perspectiva meramente formal el principio de legalidad operó tanto en el régimen jurídico del Tercer Reich, como en el franquista, en muy similares términos a cómo opera en las modernas democracias europeas. Constatación ésta que, en mi opinión, debe conducirnos a reflexionar seriamente acerca de si dicho principio resulta merecedor, sin más, de ser elevado a la categoría de bien jurídico protegido.

En otro orden de cosas, creo que la tesis planteada en el presente trabajo ofrece algunas ventajas en sede de antijuridicidad material, pues, en mi opinión, permite un desarrollo más adecuado de las funciones asociadas a dicho concepto.

Así las cosas, cabe afirmar que el principio de legalidad, en tanto que principio instrumental carente de contenido sustantivo, impide graduaciones en la intensidad de la ofensa al bien jurídico. Pues la legalidad se cumple o se incumple, no existiendo opciones intermedias, todo ello sin perjuicio de que las consecuencias asociadas a dicho incumplimiento puedan ser más o menos relevantes.

En definitiva, si lo que se tutela es el sometimiento de la Administración a la Ley, o al principio de legalidad, las consecuencias que del quebranto de la ley se deriven deberán considerarse como accesorias en el análisis del grado de lesividad de la conducta.

Ciertamente, cabría señalar que conforme a la actual conceptualización del bien jurídico, cabrá apreciar una mayor lesividad en aquellas conductas que impliquen la infracción de varias normas respecto de aquellas en que acontezca la infracción de una única norma. O incluso que la lesividad resultará mayor en función del rango jerárquico de la norma vulnerada.

Sin embargo, parece claro que dicha conclusión no resulta convincente. En primer lugar, toda vez que carece de virtualidad en orden a excluir la tipicidad, pues cualquier infracción debe ser considerada como lesiva. Y en segundo lugar, toda vez que la configuración de criterios meramente formales en el análisis de la antijuridicidad material subvierte las finalidades que le son propias a éste concepto. Pues no debe olvidarse que la misión principal que los principios de ofensividad o lesividad, así como del de fragmentariedad del Derecho penal, no consiste sino en lograr captar las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento, aún y cuando las mismas no hayan sido previstas por el legislador al redactar de un modo genérico y universal el supuesto de hecho que integra el tipo y que en abstracto ha tenido a bien considerar como disvalioso y lesivo para bienes jurídicos merecedores de protección.

En mi opinión, dicha misión puede ser cumplida de un modo más acertado en el caso de asumirse la propuesta aquí pergeñada. Pues el hecho de identificar el objeto de tutela con un interés acreedor de un contenido sustantivo parece, cuanto menos en abstracto, idóneo para apreciar distintos grados de ofensa al bien jurídico.

Así las cosas, tomemos como ejemplo el siguiente supuesto de hecho, en absoluto infrecuente en la práctica. Imaginemos que el Regidor de vía pública de la localidad X ordenara a todos los agentes de la Policía Local del municipio X que durante todos los días lectivos, en horario comprendido entre las 13:00 y las 13:15 horas, debe permitirse/tolerarse que todas las personas estacionen su vehículo frente a la escuela del municipio, en lugar señalizado como estacionamiento prohibido, durante un breve lapso, con el único y exclusivo fin de permitir la recogida de los niños.

En puridad dicha orden debiera ser considerada ilegal, por haber sido adoptada de un modo irregular tanto en la forma como en el fondo, de suerte que la misma debiera ser considerada típica y asimismo ofensiva para con el principio de legalidad. Sin embargo, hasta la fecha no consta que haya sido incoado ningún procedimiento penal por hechos similares. Ello obedece, en mi opinión, a la generalizada percepción de que resoluciones como la analizada resultan escasamente lesivas para el interés tutelado por el  [art. 404](#) CP, no colmando por ello las exigencias derivadas del principio de fragmentariedad del Derecho penal.

Sin embargo, creo que nadie dudaría en calificar como prevaricante la resolución del Regidor de vía pública de la localidad X por la que se ordenara a todos los agentes de la Policía Local del municipio X que durante todos los días lectivos, en horario comprendido entre las 13:00 y las 13:15 horas, debiera permitirse/tolerarse que todos los afiliados a la formación política a la que el Regidor pertenece puedan estacionar su vehículo frente a la escuela, en lugar señalizado como estacionamiento prohibido, durante un breve lapso de tiempo, con el único y exclusivo fin de permitir la recogida de los niños al finalizar la escuela.

En mi opinión resulta evidente que la diferencia existente entre los dos supuestos de hecho relatados no puede ser captada atendiendo exclusivamente al principio de legalidad, o cuanto menos sin referencia alguna al principio de igualdad. Pues en ambos casos habrá sido infringida idéntica norma, atendiendo a idéntico criterio. Es más, en el primero de los supuestos la infracción habría sido superior desde una perspectiva cuantitativa.

La diferencia entre ambos supuestos resulta de orden cualitativo y obedece precisamente a la quiebra del principio de igualdad ante la ley en el ejercicio de la función pública, fruto del otorgamiento de un privilegio injustificado a un grupo de personas. De ahí que en el primero de los supuestos la ofensa para el bien jurídico protegido pudiera ser tildada de inoperante o cuanto menos intrascendente, y por ello la conducta del Regidor considerada atípica.

No quiere con ello decirse, ni mucho menos, que en todos aquellos casos en que el incumplimiento de la norma resulte generalizado y universal por parte del infractor deba entenderse excluida la ofensa para el bien jurídico protegido. Sino algo muy distinto, esto es, que en la valoración del grado de ofensa para el bien jurídico protegido deberán tomarse en consideración además del parámetro relativo a la infracción del principio de legalidad, el de la quiebra de la igualdad ante la ley proclamada como Derecho fundamental por el  [art. 14](#) CE. De suerte que en todos aquellos casos en que se constate que tras la infracción del principio de legalidad no subyace la intención de atribuir derechos o imponer gravámenes de un modo injustificado, resultando la actuación razonable desde la perspectiva de la función pública, podrá concluirse, atendidas las circunstancias concurrentes, que la conducta no colma las exigencias derivadas del principio de fragmentariedad del Derecho penal.

En tercer lugar, creo asimismo, que la tesis que aquí se propone, presenta asimismo ventajas en el tratamiento del ejercicio desviado de las facultades discrecionales de la Administración.

Así las cosas, debe subrayarse que con carácter general la Administración, a través de sus resoluciones, otorga o reconoce derechos o bien impone gravámenes a los administrados. Siendo esta una característica común a la actuación administrativa tanto en el ejercicio de facultades regladas como discrecionales³³.

Si bien el control de la Administración en el ejercicio de las facultades discrecionales ha venido admitiéndose desde hace ya varias décadas³⁴, creo que la tesis que aquí se sostiene justifica aún más si cabe aquella conclusión. Permitiendo la calificación como prevaricantes de actuaciones formalmente respetuosas con la legalidad que no obstante impliquen una quiebra injustificada del  [art. 14](#) CE. Pues debe subrayarse que nada resulta más arbitrario que el tratamiento injustificadamente discriminatorio por parte de la Administración.

Sirva como ejemplo el siguiente supuesto de hecho: el Ayuntamiento de la localidad X aprobó en el año 2012 someter a estudio la posibilidad de aprobar dos modificaciones urbanísticas distintas, comprendidas en dos sectores distintos de la población. La legislación urbanística, permite que en aquellos casos en que se inicie el estudio de una futura modificación urbanística el Ayuntamiento pueda suspender la posibilidad de obtener licencias urbanísticas en el sector comprendido por el polígono de actuación urbanística afectado durante el plazo de un año.

Imaginemos que ante dicha situación el Regidor decidiera acordar la suspensión de aquella posibilidad de otorgar licencias urbanísticas en el sector A, pero no así en el sector B, y que dicha decisión obedeciera exclusivamente a la circunstancia de que en el sector B un amigo del Regidor tuviera previsto construir en los próximos meses varios bloques de pisos, o a la circunstancia de que en el sector A residen fundamentalmente personas de religión musulmana por quienes el Regidor siente una profunda aversión.

Pues bien, resulta evidente que por más que la decisión del Regidor, en el bien entendido de que fuera competente para su adopción, pudiera resultar formalmente respetuosa para con el ordenamiento jurídico, en tanto que amparada por el ejercicio de una facultad discrecional, no lo sería desde una perspectiva material atendida la quiebra del  [art. 14](#) CE que de aquel modo se

produciría.

III. LA DELIMITACIÓN ENTRE LO INJUSTO PENAL Y LO ILÍCITO ADMINISTRATIVO

Una vez analizadas las diferencias que con carácter general existen entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, así como examinado con detenimiento el bien jurídico tutelado por el  [art. 404](#) del Código penal, por fin nos encontramos en disposición de abordar el estudio de los límites entre el delito de prevaricación y el ilícito administrativo consistente en el dictado de resoluciones contrarias a la legalidad.

Quisiera en primer lugar destacar que se trata ésta de una cuestión de primer orden sobre la que en mi opinión impera gran confusión, visto el tratamiento que se le ha venido ofreciendo tradicionalmente. No resultando infrecuentes las alusiones al principio de intervención mínima como criterio determinante de la atribución de la competencia para el enjuiciamiento de las resoluciones arbitrarias, salvo supuestos de gravedad extraordinaria, a la jurisdicción contencioso-administrativa³⁵⁾.

Debe en primer lugar precisarse que el único destinatario del principio de intervención mínima del Derecho penal, o de *ultima ratio*, es el legislador. No hallándose por ello los tribunales de la jurisdicción ordinaria legitimados para excluir la relevancia criminal de conducta alguna sometida a su enjuiciamiento con base al mismo. Pues es el legislador el único sujeto habilitado para decidir de entre las diversas conductas consideradas disvaliosas cuáles merecen ser penalmente sancionadas.

Asimismo, debe subrayarse que si bien resulta evidente que los tribunales de la jurisdicción penal no deberán sustituir a los de la jurisdicción contencioso-administrativa en su función de control de la actividad administrativa, no lo es menos que en aquellos casos en que concurren en la conducta objeto de enjuiciamiento los elementos objetivos y subjetivos del delito de prevaricación la función de los tribunales penales no tendrá por objeto desarrollar una función de mera supervisión de la actividad administrativa, sino que consistirá en examinar la conducta ejecutada por un sujeto determinado al objeto de decidir si la misma resulta penalmente relevante, así como si el infractor merece ser sancionado.

No cabe por ello concluir, como criterio que justifique la no intervención de la jurisdicción penal, que los ciudadanos pueden obtener la nulidad de las resoluciones administrativas articulando los recursos legales ante la Administración y la Jurisdicción contencioso-administrativa, pues lo cierto es que ni la nulidad ni la anulabilidad de las resoluciones guardan paralelismo alguno, en el ámbito administrativo, con la sanción penal. Y es que la declaración de nulidad o anulabilidad de la resolución ilegal no implica reproche ni responsabilidad alguna para el sujeto activo de la infracción.

Tal y como ya hemos tenido ocasión de analizar, la delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo en aquellos casos en que el legislador haya procedido a la tipificación como infracción penal y administrativa de conductas idénticas o similares deberá realizarse atendiendo al grado de ofensa para el bien jurídico. De suerte que en todos aquellos supuestos en que a pesar de concurrir los elementos objetivos y subjetivos del tipo, la conducta no colme las exigencias derivadas del principio de fragmentariedad del Derecho penal, fruto de su escasa ofensividad, los hechos deberán ser considerados como constitutivos de infracción administrativa. Y por ello merecedores de la correspondiente sanción administrativa.

Debe así recordarse que la nulidad de una resolución administrativa no supone sanción alguna para el sujeto infractor, sino la mera restitución de la situación ilegal al orden jurídico vigente. De ahí que dicha reacción no pueda ser jamás considerada como idónea y proporcionada frente a la infracción cometida, por no acarrear responsabilidad ni reproche alguno para el infractor. Al igual que la declaración de nulidad de un contrato de compraventa no resulta una reacción adecuada ante una estafa impropia, o que la restitución del dinero sustraído no goza de carácter sancionador ni excluye la responsabilidad del autor de un delito de robo.

Efectuadas las anteriores precisiones, es momento de trazar los límites entre el ilícito penal y el ilícito administrativo en materia de prevaricación.

Para ello resulta imprescindible diferenciar desde un primer momento aquellos supuestos en que la conducta haya sido ejecutada por un funcionario público, de aquellos otros en que lo haya sido por quien ostente la consideración de cargo electo. Pues como a continuación tendremos ocasión de analizar las diferencias resultan sustanciales.

Así las cosas, puede afirmarse que tradicionalmente, a diferencia de lo que ha venido sucediendo respecto de los cargos electos, nuestro legislador ha previsto un régimen disciplinario para los funcionarios públicos.

Resultan paradigmáticas, al objeto que a nosotros interesa, las disposiciones que a tal efecto se contienen en el [Real Decreto 33/1986, de 10 de enero](#), por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, así como las previsiones del [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. Todo ello, sin desconocer la existencia de una gran amalgama de normas autonómicas, locales y sectoriales que a su vez regulan el régimen disciplinario de los funcionarios de cada una de las respectivas administraciones, o bien en relación a concretos sectores de actividad, en términos muy similares, sino idénticos, a los del [Real Decreto 33/1986](#) y los del [Real Decreto Legislativo 5/2015](#).

Ambas normas califican como constitutivas de infracción administrativa el dictado de resoluciones administrativas contrarias a la legalidad vigente.

Así, según el [art. 6.d\)](#) del Real Decreto 33/1986 se considera constitutivo de falta muy grave: “d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”. Mientras que de conformidad con lo preceptuado por el [art. 7.1.h\)](#) se consideran constitutivas de falta grave: “La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio, a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave”.

En idénticos términos el art. el [art. 95.2](#) del Real Decreto Legislativo 5/2015 califica como infracción: “La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”.

Llama la atención la circunstancia de que si bien el legislador ha decidido sancionar como infracción administrativa el dictado de resoluciones contrarias a la legalidad, la redacción empleada presenta sustanciales diferencias respecto del delito de prevaricación administrativa del [art. 404](#) CP. Constatación ésta que asimismo puede trasladarse al resto de modalidades de prevaricación elevadas a la categoría de delito.

Así las cosas, mientras que en el orden administrativo se emplea la expresión “acuerdos manifiestamente ilegales”, en el orden penal se exige que la resolución resulte “injusta” y “arbitraria”, así como que la actuación del sujeto activo del ilícito resulte deliberada.

Particularmente sorprendente resulta que en el caso de la infracción administrativa se exija asimismo que el acuerdo o resolución ocasionen un perjuicio para la Administración o el administrado, frente a un ilícito penal que se configura como delito de mera actividad, y en que, por lo tanto, su consumación resulta a todas luces independiente de la producción de resultado alguno.

A la vista de ello, creo que existen buenas razones para afirmar que, en el caso de la prevaricación, la delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo debe desarrollarse atendiendo fundamentalmente a la descripción típica de las respectivas infracciones. Resultando posible concluir que los elementos que caracterizan a la infracción penal frente a la administrativa son el carácter arbitrario de la resolución, así como la concurrencia de un elemento subjetivo cualificado

en el sujeto activo del delito.

Adviértase que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido entendiendo de un modo pacífico, que la arbitrariedad es el elemento que singulariza a la infracción penal, configurándose como la esencia de lo injusto del delito de prevaricación. Existiendo asimismo consenso al afirmar que deberán ser adjetivadas como arbitrarias aquellas resoluciones cuyo dictado no obedezca a criterio jurídico alguno, no encontrando su dictado interpretación razonable de ningún tipo con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico. Apareciendo, así como supuestos en que el sujeto activo del delito sustituye la aplicación del Derecho por su convicción personal o capricho³⁶⁾.

A la vista de ello, ha venido entendiéndose que aquellas resoluciones que además de ilegales reúnan la condición de resultar arbitrarias deberán ser consideradas sin excepción, siempre que además concorra el elemento subjetivo exigido por el tipo penal, aptas para colmar las exigencias derivadas del principio de fragmentariedad del Derecho penal. Pues su simple dictado implica tan grave torcimiento en el ejercicio de la función pública que no cabe sino considerar que las mismas suponen una grave lesión del bien jurídico en juego.

No debe, así pues, diferenciarse entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo en función del perjuicio ocasionado a la propia Administración o a un ciudadano por la resolución prevaricante, pues ello no sólo resulta inviable atendida la configuración del delito como de mera actividad, sino, además, a la circunstancia de haber previsto el legislador que las resoluciones ilegales que produzcan un grave perjuicio sean calificadas como infracción muy grave, mientras que aquellas que simplemente produzcan un perjuicio deban serlo como graves. Lo que en mi opinión permite extraer dos importantes conclusiones. En primer lugar, la constatación de que cuando el legislador lo ha estimado oportuno ha configurado de un modo expreso como elemento objetivo de la infracción (la administrativa) la producción de un resultado. Circunstancia de la que cabe inferir que cuando no lo ha hecho al describir la infracción penal es precisamente por considerar que la producción de un resultado no resulta en este caso importante en orden a examinar la concreta ofensividad para el bien jurídico protegido. Ello permite, a su vez, concluir que el bien jurídico protegido en este caso no guarda relación con la producción de ningún perjuicio, tal y como ya tuvimos ocasión de analizar anteriormente, o cuanto menos, no resulta un elemento determinante en el análisis de la antijuridicidad material. En segundo lugar, permite asimismo constatar que el elemento al que el legislador otorga mayor valor en la delimitación de la conducta descrita por el  [art. 404](#) CP, es precisamente al carácter arbitrario de la resolución. Circunstancia ésta que a su vez resulta crucial en la configuración del bien jurídico protegido.

El segundo de los elementos típicos esencial en la delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo es el dolo³⁷⁾.

Así las cosas, mientras que la conducta descrita por el  [art. 404](#) CP exige la concurrencia de dolo en el sujeto activo, el ilícito administrativo permite la comisión culposa. Si bien, tal y como prevé el  [art. 96.3](#) EBEP la intencionalidad del infractor sí será tomada en consideración al objeto de determinar la pena a imponer³⁸⁾.

Debe precisarse que existe una importante controversia doctrinal acerca de si la expresión “a sabiendas de su injusticia” empleada por el legislador en la redacción del  [art. 404](#) CP excluye la posibilidad de apreciar el dolo eventual.

Se trata ésta de una cuestión de extraordinario interés que excede de los márgenes del presente artículo, motivo por el que me limitaré a señalar que en la actualidad, a pesar de que un cualificado sector doctrinal ha venido postulando la admisibilidad del dolo eventual³⁹⁾, lo cierto es que la doctrina mayoritaria ha concluido que el tipo subjetivo del delito de prevaricación administrativa únicamente admite los supuestos de dolo de primer y segundo grado⁴⁰⁾. Conclusión ésta que a pesar de no compartirse será tomada como premisa en el presente trabajo. En idéntico sentido, la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Supremo y de nuestras Audiencias habría venido, de un modo unánime y pacífico, excluyendo la posibilidad de apreciar el dolo eventual en

el delito de prevaricación.

En cualquier caso, parece oportuno subrayar que el tipo no exige la concurrencia de ánimo de lucro en el sujeto activo del delito, así como tampoco exige la concurrencia de motivación espúrea añadida de ningún género. De ahí que quepa concluir que resultará irrelevante si el sujeto activo del delito obró movido por la intención de favorecer o desfavorecer a alguien, de obtener un lucro personal, etc...⁴¹⁾.

Dicha configuración del elemento subjetivo resulta por lo demás coherente con la configuración del tipo objetivo, toda vez que lo que se sanciona es precisamente el mero dictado de una resolución arbitraria.

Adviértase, asimismo, que ningún sentido tendría exigir la concurrencia de motivaciones espúreas añadidas, pues ello implicaría una confusión de planos entre el delito de prevaricación y otras modalidades típicas como el tráfico de influencias⁴²⁾, el cohecho, el fraude a la administración pública, etc....

A pesar de ello, el Tribunal Supremo ha llegado incluso a señalar, si bien tan sólo en algún pronunciamiento aislado, que la determinación del elemento subjetivo exige acreditar el móvil espúreo que guió la conducta del sujeto activo del delito⁴³⁾. Exigencia ésta en mi opinión a todas luces inasumible tanto desde una perspectiva material como desde una perspectiva procesal, pues el  [art. 404](#) CP únicamente exige como elemento del tipo la conciencia y voluntad de dictar una resolución administrativa de modo arbitrario. Por otro lado, desde una vertiente procesal, resulta inverosímil que pueda exigirse a las acusaciones la carga de acreditar la concurrencia de un hecho ajeno a la descripción típica, y que por ello no determinará la acreditación de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito. Todo ello, sin olvidar las enormes dificultades que encierra acreditar la concurrencia de estados subjetivos, máxime cuando tan siquiera se admite como modalidad subjetiva el dolo eventual.

Pero es que, a mayor abundamiento, debe advertirse que en aquellos casos en que resulte acreditada la concurrencia del móvil espúreo que guió la intención del sujeto activo del delito, lo lógico será pensar que en tales supuestos además de acreditarse la ejecución de un delito de prevaricación resultará acreditada la ejecución de otros delitos. Así las cosas, a modo de ejemplo, de acreditarse que el funcionario obró de aquel modo por haber percibido dádiva lo que habremos acreditado no será solo la ejecución de un delito de prevaricación, sino la de un delito de cohecho. En el caso de acreditarse que obró movido por las influencias ejercidas por terceras personas habremos acreditado la concurrencia de un delito de tráfico de influencias, etc....

Por último, debe asimismo subrayarse que tampoco cabrá excluir la concurrencia del elemento subjetivo en aquellos casos en que el sujeto activo alegue haber obrado de aquel modo contrario a la legalidad en pro del interés general, pues precisamente en tales casos el sujeto activo del delito habrá procedido a sustituir la aplicación de la ley por su capricho o convicción personal. Conclusión ésta que por lo demás ha sido reiterada hasta la saciedad por nuestro Tribunal Supremo, así a modo de ejemplo en las  [Sentencias n.º 362/2018, de 28 de julio](#) (RJ 2018, 3772);  [n.º 426/2016, de 19 de mayo](#) (RJ 2016, 6532);  [n.º 479/2012, de 4 de junio](#) (RJ 2012, 6947);  [n.º 795/2016, de 25 de octubre](#) (RJ 2016, 6439), etc....

Llegados a este punto, procede ahora analizar la delimitación entre lo injusto penal y lo injusto administrativo en el caso de ilícitos cometidos por cargos electos.

El tratamiento diferenciado entre funcionarios y cargos electos obedece a la circunstancia de existir un tratamiento legal notablemente diferente por parte del Derecho administrativo en función de la condición que ostente el sujeto activo de la infracción.

Así las cosas, debe denunciarse que hasta la aprobación de la  [Ley 19/2013, de 9 de diciembre](#), de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno –en adelante LTIBG–, el legislador español no tuvo a bien configurar un auténtico régimen sancionador para los cargos

electos en el ámbito administrativo.

Todo lo más, puede decirse que hasta entonces se tipificaron como infracción administrativa unas pocas infracciones, si bien de un modo aislado y asistemático. Así, el [art. 78.4](#) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local prevé la posibilidad de que en el ámbito local el Alcalde pueda sancionar a quien de modo injustificado no asista a las sesiones de los órganos colegiados, la [LOREG](#) prevé un régimen sancionador en materia electoral, etc....

Permítaseme tomar como ejemplo las disposiciones de la normativa local con el fin de contrastar lo antes dicho. Así las cosas, a modo de ejemplo, adviértase que tanto el [art. 78.1](#) de la LRBRL, como el [art. 104](#) y [225](#) del [ROF](#), al igual que los [arts. 145](#) y [146](#) de la [LRJPAC](#), únicamente prevén la posibilidad de que los cargos electos incurran en responsabilidad patrimonial o en responsabilidad penal, pero no así que puedan cometer ilícito administrativo alguno.

A la vista de ello, resulta palmario que con anterioridad a la entrada en vigor de la LTIBG el Derecho penal no operaba sino como única ratio en la prevención de las conductas que constituyen el elemento objetivo del delito de prevaricación, pues no existía una correlativa infracción administrativa, resultando por ello inviable aludir a delimitación alguna entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, por el sencillo motivo de que éste último no existía.

En la actualidad el [art. 29.1.c\)](#) de la LTIBG tipifica como infracción muy grave: “La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”. Mientras que de conformidad con lo preceptuado por el [art 29.2.c\)](#) se consideran constitutivas de falta grave: “La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio, a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan infracción muy grave”.

Como puede observarse, la redacción del referenciado artículo resulta idéntica a la empleada por el legislador en el [Decreto 33/1986](#), solución esta lógica, pues no cabe sino ofrecer idéntico tratamiento a situaciones idénticas. Motivo por el que no puede sino causar auténtico estupor la circunstancia de que las sanciones previstas por la LTIBG resulten notablemente más “benévolas” que las contempladas por el [Decreto 33/1986](#) o por el [EBEP](#).

Así, a modo de ejemplo, mientras que el [art. 30](#) de la LTIBG sanciona las infracciones graves bien con la posibilidad de declarar la infracción cometida y su publicación en el Boletín Oficial del Estado o diario oficial que corresponda, bien con la posibilidad de decretar la no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo. El [art. 96](#) del EBEP prevé la posibilidad de que las infracciones graves sean sancionadas con la suspensión firme de funciones por plazo de hasta 6 años, traslado forzoso, demérito con penalización a efectos de promoción, apercibimiento o cualquier otra expresamente prevista en las leyes.

Con todo, lo más alarmante resulta de la circunstancia de que la competencia para la incoación de los procedimientos sancionadores, así como para la imposición de aquellas, haya sido atribuida por el [artículo 31](#) de la LTIBG al Consejo de Ministros en el caso de que el infractor resulte ser miembro del Gobierno o de la Secretaría de Estado; a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas respecto de los miembros de los respectivos gobiernos autonómicos; así como a los Plenos municipales en el caso de tratarse de instituciones locales.

En mi opinión la atribución de las competencias sancionadoras a quienes en definitiva serán compañeros de gobierno (estatal, autonómico o local) conducirá en la práctica totalidad de los casos a la inaplicación del régimen disciplinario preceptuado por la [LTIBG](#). Claro ejemplo de ello resulta de la cuasi nula aplicación hasta la fecha del referido régimen sancionador, circunstancia que desde luego no obedece al hecho de no haber sido cometidas infracciones

administrativas por los cargos electos.

Adviértase, asimismo, que, en el caso de infracciones cometidas por funcionarios, la competencia para la incoación del procedimiento, así como para la imposición de la sanción también corresponderá a sus superiores jerárquicos. Circunstancia que, en la práctica, acarrea la casi nula existencia de sanciones por la emisión de informes o el dictado de acuerdos manifiestamente contrarios a la legalidad. Y ello debido a que, evidentemente, en aquellos casos en que el funcionario se encuentre concertado con el cargo electo, lo que sucederá las más de las veces, éste, por causas evidentes, no sancionará la actuación de aquel.

A la vista de todo lo expuesto hasta el momento, considero que existen buenas razones para concluir que, en la actualidad, de facto, el Derecho penal se erige en la única ratio en la lucha contra la corrupción, con carácter general, y en particular en la prevención de las conductas de signo prevaricante. Extremo éste que, desde luego también debe ser tomado en consideración a la hora de analizar la delimitación entre lo injusto penal y lo injusto administrativo. Pues no en vano, conforme a los principios de intervención mínima y fragmentariedad del Derecho penal, la sanción administrativa debe ceder ante la penal en todos aquellos casos en que aquella no resulte eficaz para prevenir los comportamientos considerados disvaliosos por el legislador.

FOOTNOTES

1

Vid. Miguel BAJO FERNÁNDEZ, “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”, en *InDret*, Barcelona, 2008, pág. 2: “Hemos sostenido, con la mayor parte de la doctrina, que la distinción entre injusto penal y administrativo no es cualitativa, ni tampoco cuantitativa, sino puramente formal. Es injusto penal, el castigado por los jueces, mediante penas criminales entendidas así por las leyes penales y en aplicación de un procedimiento criminal. Es administrativo aquel injusto que es castigado por órganos administrativos, con sanciones administrativas, aunque fueran punitivas o retributivas, y mediante un procedimiento administrativo.

Vid. Manuel GÓMEZ TOMILLO/ Iñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*, Arazandi, Cizur Menor, 2017, pág. 90-93: “La tesis actualmente mayoritaria defiende que ambos fenómenos poseen la misma naturaleza, se acepte o no sin matices la tesis cuantitativa. Con independencia de los matices que a tal punto de vista se puedan formular, la conclusión ineludiblemente asociada a tal punto de vista, y que debemos mantener aquí, es que infracción penal y la infracción administrativa serían esencial, material, sustancialmente idénticas”.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo: Tomo I*, Civitas, Madrid, 2017, págs. 166 y 168: “Se distinguen entre sanciones de las penas propiamente dichas por un dato forma, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración, éstas, los Tribunales penales. [...] En todos los casos [...] no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquellas excede la de éstas (es incluso normal respecto de las multas). [...] Todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. Sólo razones de política criminal explican las opciones varias, y a menudo contradictorias, del legislador en favor de esas dos vías represivas.

Luciano PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 535: “Abandonada hace tiempo, por infructuosa, a búsqueda de la clave ontológica para distinguir la sanción de la pena, de la primera se dice que es una suerte de injerto penal en la planta administrativa o que desempeña una función complementaria en la represión del ilícito. No existe, pues, claridad en punto a la identidad o diferencia entre el derecho penal y el sancionador administrativo, remitiéndose su diferenciación todo lo más al plano de las garantías.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, B d F, Montevideo, 2011, págs. 124 y 125: “Las tesis clásicas (o del aliud) distinguían entre el ilícito penal y el administrativo, atribuyendo al primero el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería una acto de desobedienciaético-valorativamente neutro. Posteriormente fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante la tesis de la diferenciación meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual lo característico de este último es un menor contenido de injusto. [...] La perspectiva que se centra sólo en el injusto y su conformación para distinguir el ámbito de lo penal y lo administrativo es a mi juicio, errónea. Por eso era errónea la teoría clásica de base ética.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, ob cit., pág. 125: “En efecto, lo decisivo de la referida diferenciación no es (sólo) la configuración del injusto, sino los criterios desde los que se contempla, los criterios de imputación de ese injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de la sanciones al mismo.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, ob cit., pág. 125: “A este respecto, es evidente que el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, como lo es la imposibilidad de que la Administración imponga sanciones privativas de libertad. Tales garantías especiales, que rodean lo penal y que tienen que ver con la repercusión comunicativo-simbólica de la afirmación de que concurre una “infracción penal”, más bien abonan la idea de que procede introducir una perspectiva de diferenciación cualitativa que ha de tener reflejo, ante todo, en la forma de entender la lesividad de una y otra clase de infracciones y en los criterios utilizados para su imputación.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, ob cit., pág. 125 y 126: “Lo decisivo aquí vuelve a ser el criterio teleológico: la finalidad que persiguen respectivamente, el Derecho penal y el administrativo sancionador. El primero persigue proteger bienes concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene que seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe más bien atender a

consideraciones de afectación general, estadística, asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad). [...] No se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (“las grandes cifras”, el “problema estructural” o “sistémico”). Precisamente por ser ésta su perspectiva, el Derecho administrativo sancionador no precisa para sancionar que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto. Del mismo modo, tampoco parece haber reparos para aceptar que el Derecho administrativo sancionador no se rige por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino por puros criterios de oportunidad.

7

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización del Derecho penal y realidad social*, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 64: “Esta situación no es sólo objeto de descripción por parte de la ciencia del Derecho penal, sino que un sector importante de la misma ve como un fenómeno evolutivo preocupante, que debe ser criticado y combatido en la medida en que desnaturaliza el Derecho penal como ultima ratio del Estado para resolver los conflictos sociales (se utiliza en muchas ocasiones la expresión de que el ordenamiento jurídico penal pasa a constituirse en prima o sola ratio). El diagnóstico crítico también incide en la realidad de que en muchas ocasiones el proceso de expansión provoca la yuxtaposición de las funciones preventivas del derecho penal y del derecho sancionador en general, pasando a ser muy difícil establecer diferenciaciones teóricas entre el Derecho penal y otras ramas del ordenamiento jurídico, especialmente el derecho administrativo sancionador y el derecho policial de prevención de peligros, encontrándonos desde hace algún tiempo en un proceso progresivo de difuminación de fronteras. [...] Este proceso ha sido denominado –con más o menos acierto– como “administrativización del Derecho penal” tratándose de un fenómeno característico del derecho penal moderno del que en nuestra doctrina se ha ocupado Silva Sánchez”.

8

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización...*, ob. cit. pág. 67: “En esta línea, mi opinión es que sólo si recurrimos a la idea de que la pena exclusivamente puede prevenir la lesión de la vigencia de la norma mediante retribución de un hecho concreto que se pueda definir como injusto que encierre una lesividad social que merezca una pena podemos encontrar algún tipo de límite a estos procesos patológicos que preocupan a la doctrina”.

9

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización...*, ob. cit., pág. 73: “En esta línea, la sanción de una conducta por realizar algo que simplemente es estadísticamente peligroso, pero que en el caso concreto no supone una organización defectuosa para otro ámbito de organización sólo se puede canalizar a través del Derecho administrativo. Es decir, cuando se trata sólo de mantener la vigencia formal de las normas que estadísticamente se ha comprobado que son útiles para la prevención de lesiones de bienes jurídicos i cabe intervenir con penas. La peligrosidad estadística representa, sin duda, una fundamentación suficiente para crear normas que desvaloren ese tipo de conductas, pero no para fundamentar la intervención del Derecho penal con penas frente a ciudadanos concretos. El injusto penal tiene que ir más allá de la mera

desobediencia e implicar un plus que justifique la pena”.

10

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, *Normativización...*, ob. cit., pág. 76: “Los fines del Derecho administrativo son estrictamente preventivo-instrumentales desde una perspectiva social o global sin necesidad de justificar individualmente la lesividad social de la conducta (el injusto material)”.

11

🟡 [Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 161/2016, de 3 de octubre](#) (RTC 2016, 161): “... toda manifestación del ejercicio del ius puniendi está condicionada por el 🟡 [art. 24.2](#) 🟡 [CE](#) al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse de las propias posiciones [...] Por ello, entre las garantías ex 🟡 [art. 24.2](#) CE aplicables sin excepción en los procedimientos sancionadores [...] se encuentra el derecho a la presunción de inocencia”.

🟡 [Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 39/2011, de 31 de marzo](#) (RTC 2011, 39): “... las garantías materiales y procesales recogidas en los 🟡 [arts. 24](#) y 🟡 [25](#) CE sólo resultan aplicables a actos que responden al ejercicio del ius puniendi del Estado [...]. Constituye reiterada doctrina de este Tribunal, desde la 🟡 [STC 18/1981, de 8 de junio](#) (RTC 1981, 18), que las garantías procesales establecidas en el 🟡 [art. 24.2](#) CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza [...] incluyendo en esas garantías el derecho a la defensa que prohíbe cualquier indefensión”.

12

🟡 [Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 188/2005, de 7 de julio](#) (RTC 2005, 188): “... en la medida en que el ius puniendi aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio non bis in ídem opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador...”.

13

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., pág. 185: “Se pretendió, en tiempos, que la responsabilidad administrativa a efectos de sanciones administrativas era una responsabilidad objetiva, que no requería dolo o culpa en la conducta sancionable. Esta posición fue condenada, primero por la jurisprudencia, desde mediados de los años setenta, después por la regla de la aplicación general de los principios del Derecho penal al Derecho sancionador administrativo que recibió respaldo constitucional en el art. 25.

José GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 126 y 128: “Como ha destacado la doctrina (DEL ROSAL), la introducción del principio de culpabilidad en el área de la Administración sancionadora se muestra extremadamente compleja, pues se trata de un sector del ordenamiento donde desde antaño han predominado las cláusulas de responsabilidad objetiva, mediante las cuales se habilitaba la imposición de sanciones exclusivamente en base a la acreditación de

los hechos infractores y su imputación a una persona determinada, esto es, con independencia de la índole de participación del sujeto sancionado en los mismos. [...] La referida problemática ha perdido hoy buena parte de su significación, dado que el [art. 130.1 LRIPAC](#) ha consagrado inequívocamente el principio de culpabilidad en la esfera administrativa sancionadora. Así lo ha podido declarar, entre otras, la STS de 3 de diciembre de 1995.

Blanca LOZANO CUTANDA, “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 161, 2003, págs. 83 y 84: “Uno de los principios rectores del proceso punitivo penal derivado del de legalidad que se esquivo tradicionalmente en el procedimiento sancionador administrativo es el denominado principio de oficialidad o de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva”.

Rafael PÉREZ NIETO/ Manuel José BAEZA, *Principios del derecho administrativo sancionador, Volumen 1*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pág. 170: “A nuestro entender, no cabe discusión acerca de que el principio de culpabilidad ha de presidir asimismo la exigencia de responsabilidad sancionadora por parte de las administraciones públicas, igualmente sostenemos que a diferencia de otros principios rectores del ius puniendi, el de culpabilidad no admite modulaciones”.

Tomás COBO OLVERA, *El procedimiento administrativo sancionador, Legislación, jurisprudencia, doctrina y formularios*, Bosch, Barcelona, 1999, págs. 31 y 32: “El [párrafo 1 del artículo 130](#) de la Ley 30/1992 viene a contemplar de manera poco afortunada –a nuestro entender– el principio de culpabilidad. Principio que supone la inviabilidad de imponer sanciones por el mero resultado, sin consideración a la conducta del infractor. [...] No obstante, a pesar de la interpretación que se deriva de la Ley, es lo cierto que constitucionalmente, se exige la culpa para ser viable la responsabilidad. En este sentido la [sentencia del Tribunal Constitucional n.º 76/1990, de 26 de abril](#) (RTC 1990, 76) (BOE de 30 de mayo) señalaba: “4... no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, tal resultado sería inadmisibles en nuestro Estado”.

14

Manuel COBO DEL ROSAL (Coordinador), *Derecho penal español, Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 842: “En el extenso debate que sobre el objeto de protección de estos delitos se ha producido en el transcurrir de los tiempos, dos han sido los planteamientos más añejos: el que lo identifica con el cumplimiento del deber del cargo –el valor protegido lo constituye la ruptura del deber de servicio que une al funcionario con la Administración Pública–; el que niega tal identificación y acepta que semejante infracción del deber, es por sí misma, objeto del derecho disciplinario.

15

Emilio OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1979, pág. 240: “La objeción parece tener un grave peso, en especial pensando en la importancia que la categoría del deber ha tenido en el ámbito de un Derecho penal totalitario, cuando se ha visto al delito como la violación de un deber y como lesión de un interés. [...] El deber no es una categoría abstracta y árida, sino que está siempre en función de la tutela de un determinado interés, que constituye el contenido o la materia de la situación en relación a la que el legislador expresa la normativa. Esta es la objeción fundamental que se hizo en su

tiempo contra quienes querían anclar la noción de delito en la categoría de deber, dejando de lado la de interés.

16

Emilio OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación...*, ob. cit., pág. 252: “Ni siquiera cuando el texto legal expresamente indica la necesidad, para la existencia del delito, de una infracción de la obligación o deber del cargo, puede afirmarse que el contenido de la antijuridicidad de ese delito consista simplemente en tal quebrantamiento”.

17

Niklas LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, Herder, México, 2005, pág. 634: “Aún aquellos que se aferran al concepto de legitimidad y, en, a los fundamentos transpositivos de validez jurídica, han limitado sus expectativas, con el tiempo a los procedimientos; han hecho del problema de la legitimidad un problema de procedimiento. [...] Se insinúa aquí, un retorno al legalismo –que en alguna época fue objeto de un estricto rechazo– en el que poner en práctica los procedimientos jurídicos del Estado justifica, a la manera de una ficción jurídica, la legitimidad jurídica”.

18

Günther JAKOBS,  [*La imputación objetiva en Derecho penal*](#), Civitas, Madrid, 1996, pág. 91: “Cuando un contacto social produce una defraudación –siempre que se trate de un contacto social–, teóricamente al menos dos personas se ven implicadas, una víctima y un autor, utilizándose aquí la denominación “autor” sólo de modo provisional: prima facie no puede excluirse que la persona en cuestión sea el autor...”.

19

Vid. Günther JAKOBS,  [*Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*](#), Thomson-Civitas, Navarra, 2003, págs. 59, 71 y 72: “La cuestión acerca del fin de la pena también puede plantearse en otro sentido distinto del que hasta ahora se ha discutido aquí: ¿para qué sirve todo el “aparato penal”? La respuesta probablemente más extendida en Alemania es: para la protección de bienes jurídicos. En la segunda parte de esta intervención se pretende analizar críticamente esta respuesta, y la conclusión obtenida en la parte anterior, de acuerdo con la cual la pena debe ser entendida como una contradicción de la desautorización de la norma, ya preconfigura el resultado que se obtendrá en este punto: la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado mediato. [...] El significado puramente jurídico de la pena es la contradicción contra la infracción de la norma. [...] Un comportamiento que lesiona bienes y un comportamiento no permitido no son lo mismo, y con ello los bienes pasan definitivamente a un segundo plano, detrás de las relaciones entre personas”.

Vid. Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, ob. cit., pág. 89: “la forma de operación que produce y reproduce el sistema de la sociedad es la comunicación plena de sentido. Esto permite afirmar que el sistema del derecho –en cuanto sistema parcial de la sociedad– no puede hacer otras cosas que crear formas (oraciones) en el medio del sentido a través de la comunicación”.

Vid. Günther JAKOBS,  [*Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*](#), Thomson-Civitas, Navarra, 2004, págs. 75 y 76: “Cuando la sociedad pena, se niega a concebir un cambio de su configuración, el hecho punible como un acto de evolución, como una parte de sus posibilidades, sino que por el contrario se mantiene firme en el statu quo, en contra de la propuesta de cambio. De la misma forma que una persona rechaza una pretensión que no encaja con su forma de ser, ratificando de esta manera esta forma de ser, así la sociedad rechaza la pretensión de abandonar la expectativa defraudada, ratificando con ello su identidad.

Emilio OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación...*, ob. cit., pág. 243: “Pone el acento en la relación que une al funcionario con la propia Administración, de la que nacen específicas obligaciones, deberes, que se entienden infringidos con la realización de las conductas descritas en los tipos de los “delitos de funcionarios”, y no en las relaciones que unen a la Administración [...] con los ciudadanos. [...] se fija en los deberes y no en la razón, en el fundamento, de que ellos existan [...] El “deber” que auténticamente es relevante para el Derecho penal en punto al bien jurídico de los tipos de “delitos de funcionarios” referidos a la Administración pública, es el “deber” de ésta y, por tanto, de las personas físicas, que las componen (funcionarios), de servir a los que administran. Mas esto ya no es un deber en sentido técnico, sino que se dibuja como el contenido esencial de la antijuridicidad de los tipos de referencia”.

Adela ASUA BATARRITA, *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, pág. 20: “La tradicional explicación de la “infracción de los deberes del cargo” como núcleo esencial de los delitos de funcionarios, no puede satisfacer las exigencias de un Derecho penal cuyo ámbito de incidencia se contrae a la protección de intereses fundamentales que repercuten en las expectativas básicas de los ciudadanos”.

Manuel GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios prácticos al*  [*Código penal*](#), Tomo V, Aranzadi, 2015, pág. 194: “... el “bien jurídico protegido”, se ha de interpretar a la luz del respeto a los principios y los valores constitucionales que presiden el Estado social y democrático de Derecho, plasmados en los preceptos de la CE antes indicados. De acuerdo con ello, se tutela el correcto desempeño de la función pública, manifestada en aspectos concretos de la actividad administrativa, judicial y legislativa. No se trata de proteger con carácter absoluto el prestigio *per se* de la Administración, ni tampoco la idea metafórica de la dignidad de la actuación pública o del Estado, sino más bien de una dimensión profana, objetivo general de servicio, legitimándose la intervención penal sólo frente a los ataques disfuncionales más graves.

En idéntico sentido, vid. Carmen LAMARCA PÉREZ (Coordinadora), *Derecho penal, parte especial*, Colex, Madrid, 2008, pág. 595; Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal, parte especial*, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 800 y ss.; José María LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho penal, parte especial*, Dykinson, Madrid, 2010; Jesús María Silva SÁNCHEZ (Director), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, Atelier, Barcelona, 2015, pág. 357.

Vid. Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Tratado de Derecho penal español, parte especial III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 42: “De poco sirve esforzarse en tratar de encontrar un bien jurídico categorial referido a todos los delitos contra la Administración Pública, si sostenemos, como es nuestro caso, que la categoría “bien jurídico” está destinada a realizar importantes funciones dogmáticas que vayan más allá de la simplemente clasificatoria. Desde este punto de vista afirmar que el bien jurídico es “el correcto funcionamiento de la Administración Pública”, sirve para poco o para nada, por más que se esfuercen los autores por especificar que el invocado “correcto funcionamiento” lo es en su “vertiente objetiva de función pública o servicio público, en su aspecto más bien externo”.

Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 841: “Los delitos contra la Administración pública se recogen en el  [Título XIX del Libro II](#) del Código penal. Sin embargo, se hace difícil encontrar un bien jurídico común a todos ellos, que sólo puede hallarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración pública en general, conceptos poco indicativos, en realidad, de la naturaleza de estos delitos. En realidad, la Administración pública de la que se habla en la rúbrica de todo el  [Título XIXI](#) no es más que el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican, pero luego hay que identificar en cada caso el aspecto de la Administración que en cada uno de ellos se cuestiona. [...] Pero la Administración pública tampoco se protege de manera omnicomprendensiva, sino en manifestaciones concretas de la misma, y a veces ni siquiera eso, sino que simplemente constituye un marco de referencia en el que se realizan algunas modalidades delictivas que se mencionan en ese Título, que sólo indirectamente tienen que ver con el ámbito específico de actuación de la misma”.

Esther HAVA GARCÍA, “Prevaricación de los funcionarios públicos”, en Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Tratado...*, ob. cit., pág. 122: “... de poca ayuda sirven las tesis que, partiendo o no de la rúbrica del  [Título XIXI](#), conciben como un bien jurídico “generalista”, común a todos los delitos contra la Administración Pública, entre otras cosas, porque restan, precisamente por su carácter generalista, virtualidad práctica a principios tales como el de intervención mínima y lesividad a la hora de perfilar con contornos precisos esta figura delictiva.

Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Tratado...*, ob. cit., págs. 42 y 43: “Pero, además de lo indicado, debe tenerse en cuenta otro factor que juega en contra del aludido bien jurídico categorial: no es correcto a nuestro entender referir todos los tipos acogidos en este Título únicamente a la Administración Pública, puesto que al menos alguno de ellos pueden afectar tanto a la Administración Pública como a la de Justicia o a otras actividades públicas. En efecto, tomemos el caso una vez más del delito de desobediencia de funcionario.

T. S. VIVES ANTON, *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 654: “Por tanto, la actuación de la Administración con sujeción al ordenamiento jurídico y a los referidos principios para así servir a los intereses de los ciudadanos y prestar a estos los servicios a que aquélla viene obligada, ocupan el lugar preferente en orden a la tutela penal. Ahora bien, una vez señalado el objeto formal genérico del  [Título XIXI](#), ha de advertirse de inmediato que en cada uno de sus preceptos ha de descubrirse el bien

Fermín MORALES PRATS/María José RODRÍGUEZ PUERTA, “De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 1647: “El bien jurídico genéricamente tutelado en el delito de prevaricación es el correcto ejercicio de la función pública conforme a los parámetros constitucionales. No obstante, el interés protegido más específicamente en este delito debe cifrarse en la tutela del debido respeto del principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, como principio esencial al que debe someterse la actividad pública en un Estado social y democrático de Derecho”.

Cristóbal Javier CANTERO, *La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales*, Reus, Madrid, 2010, pág. 94: “Por tanto, en mi opinión el “bien jurídico” aludido debe entenderse y justificarse en el interés público del pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al Derecho vigente, debiéndose vincular igualmente con los principios de objetividad e imparcialidad a los que aluden los [arts. 103y 106](#) CE. [...] Existe un incuestionable interés general de todos los ciudadanos en que los órganos de la Administración del Estado en general y de las demás Administraciones Públicas en particular, respondan a criterios de legalidad y efectividad con lo que se refuerza el estado de Derecho y la confianza de los ciudadanos en las personas que por representación o por cualquier otra causa ejerciten funciones de relevancia e interés general.

Carlos MIR PUIG, “De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, en Mirentxu CORCOY BIDASOLO/Santiago MIR PUIG (Directores), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1381: “Según doc. May., el bien jurídico concreto o específico de este delito es el principio de legalidad o el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al Derecho”.

T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 657: “En el [art. 103.1](#) de la Constitución se declara el sometimiento pleno de la Administración Pública al Derecho (y el [art. 9.3](#) proclama que la Constitución garantiza la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”). De ahí que haya podido decirse con acierto que el bien jurídico protegido en el delito comentado es el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al Derecho (GONZÁLEZ CUSSAC), que es de la forma en que los poderes públicos han de prestar los servicios que la sociedad espera de ellos”.

Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código penal comentado*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 1187: “La mejor garantía de la preservación de los derechos y libertades de la persona frene a la acción de la Administración es la sumisión de ésta a la Ley y al Derecho, tal como previene el [art. 103](#) de la CE. El delito de prevaricación en la medida en que sanciona al funcionario que se aparta caprichosamente de los dictados del ordenamiento jurídico sirve de garantía de los Derechos individuales frente al ejercicio de la función pública.

Al respecto vid. Manuel ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2012, pág. 139: “el surgimiento del Derecho coincide con el del Estado, y las zonas de juridicidad dudosa son precisamente las que caen

fuera del ámbito estatal. Pero esa conexión se acentúa particularmente en la época moderna, en la que Derecho y Estado tienden a aparecer como las dos caras de una misma realidad. Por un lado, el Derecho se configura como derecho estatal, como el conjunto de las normas procedentes del Estado. Pero, por otro lado, el Estado tiende también a verse desde el punto de vista del Derecho: el poder del Estado (ésta sería la idea del Estado de Derecho entendido en sentido amplio) es legítimo porque es un poder sometido al Derecho”.

En el mismo sentido vid. Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 2009, pág. 33: “El Derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda el modelo garantista clásico –la estricta legalidad, la materialidad y la lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia– en gran parte son, como es sabido, fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal”.

28

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., pág. 470: “... toda organización política se apoya necesariamente en una concepción determinada del Derecho y actúa desde y en virtud de la misma. En la medida en que todo poder pretende ser “legítimo” (ningún poder se presenta como usurpador e ilegítimo, todos pretenden tener “derecho” al mando), todo poder es un poder jurídico, o en términos más categóricos, toda forma histórica del Estado es un Estado de Derecho. [...] Lo que distingue a unos Estados respecto de otros [...] no es, pues, que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que unos y otros entienden por Derecho”.

29

Al respecto vid. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, 4.º edición, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 420: “en la sociedad del Antiguo Régimen el monarca, en virtud de su “poderío real absoluto” podía con su sola voluntad crear leyes y no estaba (según muchos teóricos) sometido plenamente a la fuerza obligatoria de las leyes vigentes. El Derecho en último término dependía o emanaba de su voluntad soberana, porque el monarca era titular de la soberanía. Por otro lado, los súbditos no eran iguales ante el Derecho. Los privilegios individuales o estamentales sentaban el principio y la evidencia de que los hombres eran desiguales ante la ley. Finalmente, quienes por delegación del rey y en su nombre gobernaban y administraban justicia gozaban de un amplio margen de arbitrio, sobre todo los órganos administrativos y judiciales superiores, de manera que no siempre actuaban en virtud de normas previas de vigencia general, ni tan siquiera respetando privilegios jurídicos, sino que muchas veces decidían en el ámbito gubernativo o en el jurisdiccional (por otra parte, no bien diferenciados entre sí) o bien en función de órdenes secretas procedentes de instancias superiores, o bien en función de su personal y arbitrario criterio. Todo ello permite hablar de un cierto absolutismo judicial y gubernativo.

30

Vid. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, ob. cit., pág. 421: “Si todo el Universo tiene sus leyes naturales, también el hombre que vive en sociedad debe regirse por unas leyes positivas que guarden relación de dependencia con las leyes naturales. ¿Cómo lograrlo? Por medio de la razón. [...] Por consiguiente podemos hablar de un principio de legalidad (toda sociedad humana se rige, como todo en el Universo, por sus leyes), del principio de racionalidad (esas leyes deben derivarse

racionalmente de las leyes naturales) y del principio de nacionalidad (las leyes deben adecuarse a la personalidad y características de cada nación).

Asimismo vid. Manuel ATIENZA, *El sentido del Derecho*, ob. cit., págs. 142 y 143: “Según una famosa distinción de Max WEBER, la legitimidad del poder puede asumir básicamente tres formas. Eso quiere decir que la conciencia que se tiene sobre la legitimidad del poder puede basarse: en las cualidades excepcionales que se atribuyen a una persona –autoridad carismática–; en la creencia en la validez de lo que siempre existió –autoridad tradicional–; o en la creencia en la legalidad –autoridad legal–. Esta última, la legitimidad de tipo legal es lo que caracteriza al Derecho y al Estado modernos”.

31

Vid. Immanuel KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa Libros, Barcelona, 1999, pág. 81: “Por todo lo dicho se ve claramente que todos los conceptos morales tienen su asiento y origen, completamente a priori en la razón, y ello tanto en la razón humana más común como en la más altamente especulativa; que no pueden ser abstraídos de ningún conocimiento empírico y, por tanto, contingente; que en esa pureza de su origen reside precisamente su dignidad, la dignidad de servirnos de principios prácticos supremos; que siempre que les añadimos algo empírico restamos otro tanto de su legítimo influjo y empobrecemos el valor ilimitado de las acciones; que no es sólo por una absoluta necesidad teórica en lo que atañe a la especulación, sino también por su extraordinaria importancia práctica, por lo que resulta indispensable obtener los conceptos y las leyes morales a partir de una razón pura, exponerlos puros y sin mezcla e incluso determinar la extensión de todo ese conocimiento práctico puro, es decir, toda la facultad de la razón pura práctica, pero todo ello sin hacer que los principios dependan de la especial naturaleza de la razón humana, como lo permite y hasta lo exige a veces la filosofía especulativa, sino derivándolos del concepto universal de ser racional en general, y de esta manera, la moral que necesita de la antropología para su aplicación al género humano, habrá de exponerse antes que nada de una manera completamente independiente de ésta, como filosofía pura, es decir, como metafísica (cosa que muy bien se puede hacer en esta especie de conocimiento totalmente separados), teniendo plena conciencia de que, sin estar en posesión de tal metafísica, no ya sólo sería inútil intentar distinguir con exactitud, de cara a un enjuiciamiento especulativo, lo propiamente moral del deber de lo que simplemente es conforme al debe, sino que ni siquiera sería posible, en el mero uso común y práctico de la instrucción moral, fundamentar las costumbres en sus verdaderos principios y fomentar así las disposiciones morales puras del ánimo e inculcarlas en los espíritus para el mayor bien del mundo”.

32

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., pág. 470: “El Derecho administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución Francesa y como una reacción directa con las técnicas de gobierno del absolutismo. Este partía de un principio básico: la fuente de todo derecho es la persona subjetiva del Rey en su condición de representante de Dios en la comunidad, [...] Desde esta concepción material del Derecho el sistema absolutista era visto como la expresión de la más pura arbitrariedad [...] Pero, por otra parte, no se trataba sólo de desplazar del Rey al pueblo el origen del Derecho y de reducir todos los actos singulares de mando a la mera particularización de las leyes generales; todo ello está en servicio de una idea sustancial de Derecho [...] la de asegurar la *liberté du citoyen*, la libertad de quien hasta ese momento estaba situado como simple súbdito pasivo, respecto de un poder ajeno y trascendente. Una vez que esa nueva concepción del Derecho (en su fuente, en su manifestación, en su fin) se ha consolidado, el concepto de Estado de Derecho se identifica con su

realización y se erige en un modelo de Derecho natural que va a presidir toda la evolución política de Occidente hasta nuestros días. Hoy se mantiene, y aún se acendra, la misma convicción común sobre el origen y el fin del Derecho; la radical igualdad de los hombres, a la que la conciencia actual es especialmente sensible, la impone, de modo que cualquier otro sistema básico de Derecho parte necesariamente de la negación de esa igualdad (en beneficio de un hombre, o de un grupo, o de una clase, o de un partido, o de una Iglesia), y del sometimiento de los ciudadanos a fines y a mitos transpersonales que exceden siempre de su propio bien y lo instrumentalizan”.

33

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Ramón FERNÁNDEZ, *Curso...*, ob. cit., pág. 482: “La potestad articula un poder de actuar frente a círculos genéricos de sometidos, que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos que tales sometidos han de soportar; y dichos efectos jurídicos pueden ser con normalidad efectos de gravamen, de cuyo ejercicio concreto surjan obligaciones, deberes, cargas, vínculos, restricciones. [...] es igualmente normal que del ejercicio de las potestades administrativas situaciones beneficiosas para los particulares...”.

34

Fermín MORALES PRATS/María José RODRÍGUEZ PUERTA, “De la prevaricación...”, ob. cit., pág. 1651: “Una vez aclarada esta importante cuestión, y sin ánimo de llevar a cabo un tratamiento exhaustivo de la cuestión, conviene precisar que pueden merecer el calificativo de arbitrarias tanto las resoluciones de naturaleza reglada, como las de carácter discrecional (OCTAVIO DE TOLEDO, GARCÍA ARÁN, y GONZÁLEZ CUSSAC). Pese a que la inclusión de estos últimos supuestos en el  [artículo 358.1](#)  [CP/1973](#) no planteaba problemas, tal y como se desprende de la  [STS 24 junio 1994](#) (RJ 1994, 5031), la incorporación en la descripción típica del vocablo arbitraria permite corroborar definitivamente esta solución, por cuanto la acotación conceptual de la resolución arbitraria se acuña en el Derecho administrativo precisamente con relación a las técnicas de control sobre las decisiones administrativas discrecionales”.

35

Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, *Tratado...*, ob. cit., pág. 46: “Tendencia de los jueces a remitir a los juzgados de lo contencioso los delitos de funcionarios. No es infrecuente que los Jueces, especialmente de Instrucción, rechacen en sus resoluciones la concurrencia de un delito contra la Administración Pública, por considerar que el principio de “intervención mínima” determina que la jurisdicción (y la normativa aplicable) es la contencioso administrativa y no la penal. No obstante, ya desde antiguo el Tribunal Constitucional estableció que “A los Tribunales de Justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad”.

Ángeles JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 45 y ss.: “Es cierto que en las decisiones jurisprudenciales criticadas cabe la posibilidad de anular la adjudicación. La doctrina y la jurisprudencia aluden a la posibilidad de la respuesta administrativa, y al principio de intervención mínima, para reducir la aplicación del  [artículo 404](#) a los supuestos más graves, con lo cual estoy de acuerdo con carácter general, pues es cierto que el ciudadano

no está desamparado en sus derechos si existe la posibilidad de acudir a la vía (contencioso) administrativa cuando existe ilegalidad (que no arbitrariedad) en la adjudicación. Pero discrepo, como ya he señalado, con una desviación a la respuesta administrativa que, con carácter general venga a restar valor a la ilegalidad como indicio de la arbitrariedad de la resolución, pues en mi opinión los casos merecedores de respuesta penal tienen que poder ser reconocidos con criterios objetivos para proporcionar certeza jurídica.

36

Fidel Ángel CADENA SERRANO, “Delito de prevaricación”, en *Diario la Ley*, n.º 9310, 2018, pág. 4: “El elemento objetivo del tipo de prevaricación del  [art. 404](#) CP ha sido definido por el legislador como “dictar resolución arbitraria en asunto administrativo”, habiendo identificado la jurisprudencia el acuerdo arbitrario como contrario a la Justicia, la razón y las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho” [...]. Por eso se 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”.

37

Fidel Ángel CADENA SERRANO, “Delito de...”, ob. cit., pág. 7: Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la  [STS 152/2015. de 24 de febrero](#) (RJ 2015, 819) o la  [STS 797/2015. de 24 de noviembre](#) (RJ 2015, 6320), la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

38

Ángeles JAREÑO LEAL, “El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa”, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 2018, pág. 14: La conducta del funcionario que dicta una resolución injusta por descuido o negligencia está fuera del Código penal desde 1995, de tal manera que el  [art. 404](#) sólo castiga la modalidad dolosa de la prevaricación²⁸. Por el contrario, las disposiciones administrativas que estamos analizando en este apartado no contienen, en principio, impedimento típico para que, en su caso, pueda sancionarse por esa vía la adopción negligente de una resolución ilegal, con especial atención, en tal caso, a la proporcionalidad de la sanción que se imponga. Como señala la doctrina, el principio de proporcionalidad debe presidir, como es lógico, la fase aplicativa de la sanción administrativa³⁰; teniendo en cuenta el amplio abanico de respuestas sancionadoras que existen para una misma clase de infracción.

39

Marina SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN, *Dolo e imprudencia en el*  [Código Penal](#) español, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007; Elena GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia

2004; Patricia FARALDO CABANA, Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio en el Código penal y la legislación especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; José L. GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; entre otros.

40

Entre otros, Javier Cristóbal CANTERO, *La responsabilidad penal de los funcionarios...*, ob.cit., pág. 447: “La clave para determinar si es aceptable este dolo eventual en los [arts. 320](#), [322](#) y [329](#) CP, se encuentra en analizar la fórmula final utilizada por el legislador para concretar el aspecto subjetivo de estos tipos. En efecto, no se introdujo el concepto multívoco de “intención” o “intencionalidad”, ni el de “dolosamente”; tampoco se le exigió al funcionario actuar de “mala fe”, que posiblemente puede expresar la exigencia de un dolo directo de primer grado: la expresión finalmente aceptada por el legislador penal fue “a sabiendas”, que se caracteriza, según el uso lingüístico actualmente uniforme de la ley, como exigencia siempre de dolo directo. [...] Con este componente subjetivo lo que se está queriendo decir es que el funcionario o autoridad ha de tener un *conocimiento* –en el sentido de entendimiento– *seguro y pleno*, un estado de consciencia, no sólo de la injusticia o arbitrariedad que su conducta va a acarrear, sino también de todos los demás elementos típicos de estos tipos penales. Y este conocimiento pleno, a mi entender, no se produce cuando el sujeto activo asume la probabilidad de que su acción pudiese ser antijurídica, sino únicamente acontece cuando comprende la clara arbitrariedad que va a realizar y a pesar de ello procede...”.

Vid. asimismo, Esther HAVA GARCÍA, “Prevaricación de...”, ob. cit., pág. 140: “La referida expresión, en definitiva, hace referencia al dolo del sujeto, que en este caso consistirá en la voluntad de realizar el tipo con conocimiento de la “*injusticia*” de la resolución (esto es, de su carácter abiertamente ilegal-arbitrario), lo que parece que debe interpretarse como la imposibilidad de estimar supuestos de dolo eventual en la prevaricación administrativa. Así lo entiende la Jurisprudencia mayoritaria, en la medida en que exige una “*intención deliberada*” de realizar el hecho con plena conciencia de la ilegalidad e injusticia de la resolución[...] lo que excluye la apreciación de cualquier modalidad subjetiva distinta al dolo directo [...] dado que el legislador penal de 1995 decidió suprimir la modalidad imprudente del delito de prevaricación administrativa”.

Jesús CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*, Bayer, Barcelona, 1999, pág. 60: “Se discute si puede cometerse con mero dolo eventual [...] lo cual es dudoso al tener difícil encaje el mero dolo eventual con la arbitrariedad palmaria, ya que ésta casa mejor con el dolo directo, pese a lo cual viene siendo admitido por un sector muy cualificado de nuestra doctrina”.

Francisco ALONSO PÉREZ, *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal: legislación, comentarios, jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 215: “La intención dolosa o el repetido conocimiento de la ilegalidad no basta deducirla de consideraciones más o menos fundadas, sino que es necesario, como en todo derecho incriminatorio, una prueba evidente que no deje duda alguna del comportamiento anímico”.

41

Ángeles JAREÑO LEAL, “El poder punitivo del estado...” ob. cit., pág. 13: “En mi opinión, las absoluciones en lo penal aparentemente sustentadas en el principio de intervención mínima han obedecido más, a veces, al momento y lugar concretos en el que se han producido los hechos. Hasta hace unos años la

jurisprudencia en materia de prevaricación era escasa, enmarcada en un contexto de cierta indiferencia ciudadana con respecto a los delitos de corrupción. En dicho contexto era normal absolver aludiendo al principio de intervención mínima, al entenderse que podía ser necesario el reproche administrativo, pero no el penal. Especialmente en aquellos casos en que se constataba la existencia de una resolución contraria a Derecho, pero el autor no había perseguido con ella un provecho propio, siendo reticentes los tribunales a reconocer la existencia de este delito si el objetivo de la actuación había sido perseguir supuestos intereses generales, diferentes al propio enriquecimiento. [...]De forma que, en sus decisiones más recientes, el Tribunal Supremo prescinde de la exigencia de la corrupción “económica” del funcionario para apreciar la prevaricación, y asume como base suficiente para llegar a este delito la mera infracción de las reglas esenciales del procedimiento de contratación”.

42

Antoni PELEGRÍN LÓPEZ, “Los delitos de tráfico de influencias”, en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 38, 2015, pág. 233: “... debe recordarse que el funcionario o autoridad que hayan sido influidos no serán responsables de este delito de tráfico de influencias, aún y cuando hayan llegado a dictar la resolución beneficiosa pretendida. Ahora bien, cosa distinta será si la resolución dictada es constitutiva del delito de prevaricación del  [art. 404](#) del Código penal, que sanciona a la autoridad o funcionario público que, con conocimiento de su injusticia, dicte una resolución arbitraria en asunto administrativo”.

43

Fidel Ángel CADENA SERRANO, “Delito de...”, ob. cit., págs. 7 y ss.: En otras resoluciones se ha dicho que la actuación a sabiendas de su injusticia tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada. [...] Como se recordaba en la  [STS 797/2015, de 24 de noviembre](#) (RJ 2015, 6320), las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Según lo anterior, 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](#) (RJ 2004, 7165))”.