

PRIMERA EDICIÓN 2015

TRATADO DE RESPONSABILIDADES PENALES EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

**COORDINADOR: JAVIER MUÑOZ CUESTA
FISCAL DEL TRIBUNAL SUPREMO**

Incluye reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

Coordinador: Javier Muñoz Cuesta

Coordinadores de la edición: Javier Fuertes López y Judith Lerena Ortiz

Autores: Javier Almonacid Lamelas, Juan María Expósito Rubio, Eva Fonseca de Gamito, Enrique Sánchez Goyanes, Olga López Lago, Jaime Goyena Huerta, Vicente Martí Cruchaga, Nieves Sanz Mulas, José Luis Noguera Calatayud, Javier Muñoz Cuesta, María Concepción Gutiérrez García, María José Alonso Mas, Manuel José Domingo Zaballos, A. Nicolás Marchal Escalona

Impreso en España

ISBN 978-84-608-3638-4

Depósito Legal M-35554-2015

Edición: Consejo General de COSITAL

Maquetación, diseño y producción: Memorialia

© Consejo General de COSITAL

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización expresa de los titulares del copyright, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento.

CAPÍTULO VII

EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA
(ART. 404 CP)

Nieves Sanz Mulas

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Salamanca

SUMARIO

I. Aproximación teórica al problema

II. El delito de prevaricación y su delimitación con la correspondiente falta administrativa

- A) Bien jurídico protegido en el delito de prevaricación
- B) Diferencia con la falta disciplinaria prevista en el art. 95.2 d) del EBEP
- C) Objeto de la acción: la resolución administrativa
- D) Sujeto activo y formas de participación: depuración de responsabilidades en los órganos colegiados
- E) Conducta delictiva
 - 1. Dictar una resolución administrativa: la prevaricación por omisión
 - 2. Resolución arbitraria o injusta
- F) Consumación y posible tentativa
- G) Tipo subjetivo: el error sobre la injusticia de la resolución
- H) Situaciones concursales
- I) Penas y plazos de prescripción. Responsabilidad civil
- J) Jurisprudencia

III. Conclusiones valorativas: el Derecho penal como última ratio

IV. Cuadro resumen

V. Bibliografía

I. Aproximación teórica al problema

Recordando las viejas palabras de la Ley 109/1963 de Bases de los Funcionarios civiles del Estado, una de las claves de la eficacia de la Administración radica en la calidad de quienes la sirven en sus actividades. Sin duda, todos los funcionarios debemos mentalizarnos de que detrás de cada expediente, de cada acto administrativo, se encuentran aspiraciones y preocupaciones reales de los ciudadanos, con todo lo que ello comporta, representa y significa. “Los funcionarios —decía LÓPEZ RODÓ en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas— necesitan competencia técnica, nobles ideas y conocimiento de la realidad política, social y económica, en cuyo marco han de desarrollar su actividad. Y por encima de todo, conciencia de idea de servicio; el administrador es, en verdad, un servidor y no un amo”. Ciertamente, habrá funcionarios mejores y peores, más o menos serviciales y efectivos; pero de ahí a la actual “sospecha” de que todos los que trabajamos para la Administración seamos —o podamos ser— unos corruptos, hay un trecho muy largo, que sin embargo está legitimando el uso, y el abuso, del Derecho penal ante cualquier “anomalía” administrativa.

La terrible crisis económica vivida en los últimos años ha desplazado la época “del todo vale”, “todos lo hacen” y “nunca pasa nada”, hacia una etapa de hiper-responsabilidad de los funcionarios públicos, siendo abundantes las noticias sobre imputaciones por presuntos delitos contra la Administración pública; entre ellos, el de prevaricación. Imputaciones que muchas veces se hacen “por si acaso”, sin reparar en el tremendo daño laboral, social y personal que ello genera para quien es señalado como “sospechoso” desde la jurisdicción penal. De hecho, han sido ya varias las sentencias del TS dictadas a lo largo de los últimos años que, tal y como denuncia MUÑOZ, rompen con la legalidad del delito de prevaricación del CP, permitiendo que fueran condenados quienes siendo funcionarios no ostentaban la capacidad de resolver el expediente administrativo, e incluso condenar a quienes ni siquiera son funcionarios o autoridades. En este “convulso” contexto, se hace sin duda inexcusable un análisis pormenorizado de la figura, que de algún modo nos devuelva la seguridad jurídica sentando las bases sobre las que guiar nuestro ejercicio como autoridades o funcionarios públicos.

II. El delito de prevaricación y su delimitación con la correspondiente falta administrativa

Art. 404 CP: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”.

A) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN

La entrada en vigor de la Constitución supuso un cambio trascendental en el enfoque que debía ofrecerse a las infracciones actualmente recogidas en el Título XIX del CP bajo la rúbrica “*Delitos contra la Administración Pública*”. Y ello porque en el marco de un Estado social y democrático de Derecho la Administración pública debe desplegar su actuación en torno a los intereses de los ciudadanos. Desde esa perspectiva, el bien jurídico debe buscarse en los principios y tareas derivados del art. 103 CE, donde se indica que la Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales, de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (SSTS 28 abril 2005; 13 junio 2003).

La Administración es, sobre todo, un servicio que se presta a los ciudadanos, por lo que el contenido material del injusto de los delitos contra la Administración pública requiere que el comportamiento típico, además de la infracción del deber del funcionario, tenga una repercusión negativa en la calidad del servicio público prestado, o sea lesivo para los intereses generales. Los delitos contra la Administración pública, por tanto, respaldan el correcto funcionamiento de esta infraestructura organizativa, sancionando las conductas de autoridades, funcionarios y particulares que vician su eficacia, o el cumplimiento de los fines que tienen constitucionalmente asignados.

En concreto, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros que orientan su desempeño¹. Esto es, aspira a garantizar

1 Como establece la STS de 22 de abril de 2004 (caso Intelhorce), el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) El servicio prioritario a los intereses generales. 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E). Por ello la sanción de la prevaricación

el debido respeto en este ámbito al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho frente a ilegalidades severas y dolosas; o lo que es lo mismo, garantiza la transparencia en el quehacer administrativo contribuyendo a la confianza de los ciudadanos en sus instituciones fortaleciendo así el propio Estado de Derecho (STS 624/2013, 27 de junio).

El bien jurídico protegido, en consecuencia, es el sometimiento de la Administración al Derecho. La sujeción a la legalidad y al Derecho por parte de la Administración en sus cometidos, que se lesiona, atentando a la propia esencia de la actuación administrativa, cuando el correspondiente funcionario se separa de forma ostensible, evidente e intencionada de la Ley y del procedimiento; esto es, actúa arbitrariamente y, en vez de perseguir el interés general, busca un objetivo totalmente opuesto y, exclusivamente personal. Se trata, en definitiva, de una total afrenta al orden jurídico, ya que no sólo no existe una norma que se haya aplicado con corrección, sino que además esa actuación se presenta enmascarada con una aparente legalidad, al ser un acto o disposición dictada por un funcionario que se presume es objetivo, y dentro de un procedimiento aparentemente adecuado a su tramitación.

B) DIFERENCIA CON LA FALTA DISCIPLINARIA PREVISTA EN EL ART. 95.2 d) DEL EBEP

De su parte, y en contrapartida, las sanciones disciplinarias previstas en la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)*, responden a la relación interna entre el funcionario y la Administración, de ahí que su epicentro sea la relación de sujeción especial entre ésta y el funcionario. Por esta razón, es posible la imposición de una sanción disciplinaria junto a la penal, sin vulnerar el principio *ne bis in idem*, cuando el funcionario ha sido condenado por delito doloso cuya comisión cause grave daño a los administrados. Porque el interés tutelado por la infracción administrativa es distinto al tutelado por el tipo penal, y también el fundamento de las sanciones.

Ahora bien, en otros muchos casos la conducta típica de muchas sanciones disciplinarias coincide con la de los delitos previstos en el CP. En concreto, en lo que a la prevaricación se refiere, la conducta parece coincidir con la prevista en el art. 95.2.d) EBEP

garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (en el mismo sentido, SSTTS 21 de diciembre de 1999, 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002).

que establece como falta disciplinaria muy grave: “la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”. En estos supuestos, de acuerdo con GÓMEZ RIVERO, lo más correcto es entender que entre la sanción penal y la disciplinaria existe una relación de progresión, en el sentido de que conforme al principio de *ultima ratio* la sanción penal comprendería los casos más graves. Además, la pena de inhabilitación prevista para este delito supone un *plus* respecto a las sanciones disciplinarias consistente en la separación del servicio, suspensión de funciones, traslado, apercibimiento y anotaciones en el expediente del art. 96 EBEP. La inhabilitación a los efectos del Derecho administrativo no se entiende como una sanción disciplinaria, sino que simplemente el sujeto pierde de forma sobrevenida una aptitud necesaria para el acceso a la función pública.

Por tanto, hay que distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que pueda tratarse de graves infracciones del derecho aplicable, no pueden identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el art. 62 *Ley 30/92, de 26 noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros: los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS 49/10, 4 febrero).

En consecuencia, y como señala la doctrina jurisprudencial, “el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder” (SSTS 674/98 de 9 junio; 1015/2002, 31 mayo). Esto es, no es la mera ilegalidad

sino la arbitrariedad lo que se sanciona (STS 787/2013, 23 octubre). En la jurisdicción penal, por tanto, sólo tienen cabida los supuestos antijurídicos de mayor gravedad, tan sólo las modalidades de agresión más peligrosas, la trasgresión o incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo en los intereses de ambos o de la causa pública (STS 538/05, 28 de abril).

C) OBJETO DE LA ACCIÓN: LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

Los delitos contra funcionarios públicos no tienen carácter formal, sino que representan un injusto material: afectar a los intereses generales o a los ciudadanos. Por ello, no cualquier resolución administrativa puede dar lugar a un delito de prevaricación, sino sólo aquella que tenga un carácter decisorio susceptible de afectar al injusto material, aquélla que resuelva sobre el fondo del asunto en cuestión. Una decisión que debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía.

Según el Diccionario de la RAE, resolver es “tomar determinación fija y decisiva”. Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta (STS 939/03, 27 junio). Por resolución, por tanto, ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos judiciales, políticos o de gobierno (SSTS 866/2008, 1 de diciembre; 443/2008, 1 de julio; 627/2006, 8 de junio y 939/2003, 27 de junio, entre otras). De igual forma, y esto es lo importante, también quedan excluidos los denominados “actos de trámite” que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva (SSTS de 28 enero 1998; 12 febrero 1999; 27 junio 2003; 14 noviembre 2003; 9 abril 2007; 1 diciembre 2008; 1 julio 2009; 2 febrero 2011 y 300/2012, 3 de mayo).

Y es que, normalmente, puesto que el acto resolutivo es vehículo de una declaración de voluntad, éste habrá estado precedido de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el “*thema decidendi*”. Unas actuaciones preparatorias de aquella decisión final, que si bien frecuentemente se habla de ellas como “actos de trámite”, ello no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que la reali-

zación de cualquier acto, que no sea inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto (SSTS 48/2011, 2 de febrero; 429/2012, de 21 de Mayo y 624/2013, 27 de junio).

Esto es, los actos resolutorios han de diferenciarse de los de trámite porque los primeros dan definitivamente forma a la voluntad administrativa. Los actos resolutorios ponen fin a los procedimientos administrativos, mientras que los actos de trámite instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva (STS 268/07, 9 de abril). No son por tanto resoluciones: una simple certificación (STS 1158/02, 20 de junio); un escrito de alegaciones (STS 2087/02, 31 de enero); un acuerdo verbal (STS 857/03, 13 de junio); dar una orden a un inferior jerárquico (STS 866/08, 1 diciembre), o cualquier otro acto de trámite (acta, informe, dictamen, diligencia, consulta, mandamiento de pago, etc.).

D) SUJETO ACTIVO Y FORMAS DE PARTICIPACIÓN: DEPURACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

Nos situamos frente a un delito especial propio, que sólo puede ser cometido por una autoridad o funcionario, lo que nos obliga a acudir al art. 24 del propio CP. En él se recoge un concepto de funcionario más amplio que en el administrativo, pues se limita a requerir la concurrencia de dos elementos: el origen del nombramiento (que debe ser por disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de la autoridad competente) y su participación en funciones públicas.

Se dejan fuera, por tanto, otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo, o incluso de la clase o tipo de función pública (STS 1030/07, 4 de diciembre), siendo indiferente que el funcionario sea interino, de plantilla (SSTS 1544/04, 23 diciembre; 252/08, 22 de mayo) o eventual (STS 876/06, 6 de noviembre). De igual modo, deja claro que no basta con actuar como miembro de un órgano para el que el sujeto ha sido elegido en razón de su condición de autoridad o funcionario, si la actividad de aquél no supone el ejercicio de una función pública, ni está sometida al Derecho público, ni persigue fines estrictamente públicos (STS 10 de diciembre de 2001).

Para poder cometer el delito de prevaricación, esa autoridad o funcionario público debe

ostentar, además, la capacidad de dictar una resolución dentro de un asunto administrativo; esto es, debe tener capacidad resolutoria, aunque sea por delegación, en el sentido de poder dictar actos administrativos u otras resoluciones que afecten a los administrados (STS 372/98, 9 diciembre; 1358/01, 8 enero; 485/02, 14 junio; 406/04, 31 de marzo). Por tanto, y en consecuencia, el *extraneus* no podrá ser autor directo o coautor, pero sí cooperador necesario² o inductor. Ahora bien, y sin embargo, en algunas sentencias recientes el TS se aparta radicalmente de este tesis, y condena por prevaricación a funcionarios públicos que carecían de atribución alguna a la hora de resolver, justa o injustamente, el asunto administrativo que manejaban (entre otras, STS 222/2010, de 4 de marzo). Es más, incluso se llega a condenar por prevaricación a quienes ni tan siquiera son funcionarios, viniendo a afirmar que resulta indiferente a efectos de condena por el art. 404 que el autor sea o no el funcionario llamado a resolver (STS 303/2013, de 26 de marzo), consolidando así, en palabras de MUÑOZ, “la huida desde los requisitos típicos a un mundo impreciso en que es el resultado ocasionado lo que, en razonamiento regresivo, justifica la condena de quien, dogmáticamente, no puede ser autor de una determinada tipicidad”.

Porque la autoridad o funcionario que, por ejemplo, resuelve engañado por falsificaciones documentales, en modo alguno prevarica por mucho que dicte una resolución finalmente injusta, del mismo modo que tampoco prevarica el juez engañado por la prueba falsaria de una de las partes. Eso mismo ocurre con quien falsifica un expediente administrativo: engaña a la autoridad o funcionario que luego resuelve con fundamento en esa falsedad. Considerar eso prevaricación, y al funcionario o particular que lleva a cabo el engaño cooperador necesario de la misma, es una falacia. La persecución de los hechos no exige asimilar al falsario a la figura del prevaricador: basta con imputarle la falsificación en concurso con la malversación o la estafa cometida sobre el patrimonio de la administración. Esto es, para castigar estos hechos no es necesario desarticular la tipicidad de la prevaricación, rediseñar las formas de participación y eliminar la relevancia dogmática de los delitos especiales, erosionando, aún más si cabe, “la vigencia real de la ley en nuestro sistema, ya de por sí muy erosionada por ejemplos como la llamada Doctrina Parot y por los llamados acuerdos de pleno no jurisdiccional que fuera de toda legalidad sigue dictando la Sala Segunda del TS”.

² Una cooperación necesaria que puede proceder tanto de un funcionario como del particular que presta una colaboración indispensable al funcionario que decide arbitrariamente. También puede darse en el caso del funcionario que participa en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta con una intervención administrativa previa, no decisoria pero sí decisiva, y que podría calificarse como coautoría sucesiva (STS 1493/99, 21 diciembre).

Sea como fuere, en el supuesto de órganos colegiados —y declarada expresamente la incapacidad penal de las entidades públicas en el art. 31 quinquies CP— será preciso identificar la responsabilidad personal de cada uno de sus miembros (STS 648/07, 28 junio). Esto es, cabría hablar de la responsabilidad penal, como coautor, de cada uno de los miembros del órgano colectivo cuyos votos posibilitan la aprobación de la resolución arbitraria (SSTS 22 mayo 2001, 16 diciembre 1998). Obviamente, quedan excluidos quienes votan en contra o se abstienen en dicha votación.

E) CONDUCTA DELICTIVA

I. DICTAR UNA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA: LA PREVARICACIÓN POR OMISIÓN

Aunque el comportamiento típico consiste en “dictar”, por lo que es claramente activo, la jurisprudencia admite excepcionalmente la prevaricación omisiva cuando la ausencia de una resolución administrativa equivale a haberla adoptado y su incumplimiento implica efectos equivalentes a su denegación (*acuerdo de Sala del TS de 30 junio 1997*)³.

Esto es, la omisión podrá ser típica cuando la simple inactividad del funcionario resuelva el asunto sometido a su competencia; o lo que es lo mismo, cuando el funcionario debería dictar una resolución necesaria para permitir a un particular el ejercicio de un derecho o para dejar sin efecto una restricción cuyos presupuestos han desaparecido (STS 5 enero 2001). En este sentido, y por ejemplo, el TS admite la comisión por omisión en los siguientes casos: cuando el alcalde impide la convocatoria de un pleno para someter a debate una moción de censura, porque supone una patente y abierta contradicción con las normas legales (STS 784/97, 2 de julio); cuando el alcalde rehúsa el pago de las retribuciones reclamadas, lo que supone una tácita denegación de la reclamación que le hacía el secretario interventor, expedientado por determinadas irregularidades, que se vio privado de todo ingreso por razón de su cargo (STS 649/02, 16 abril); alcalde que no da de baja unos empadronamientos indebidos que podían afectar al resultado de unas

³ Sobre la consideración del alcalde que no convoca el pleno solicitado para decidir una moción de censura, el TS acuerda que: “Esta conducta es subsumible en el tipo de prevaricación del art. 404 CP, por entender que la prevaricación recogida en tal precepto puede cometerse por omisión. También podría tipificarse como delito de impedimento por autoridad o funcionario del ejercicio de derechos cívicos (art. 542 CP). Cabría apreciar un concurso de normas entre tal delito y el de prevaricación, que se resolverá a favor del último, por criterios de especialidad”.

elecciones (STS 1093/06, 18 octubre)⁴.

2. RESOLUCIÓN ARBITRARIA O INJUSTA

El carácter injusto o arbitrario de la resolución es lo que justifica la intervención del Derecho penal. Al año hay miles de resoluciones de funcionarios públicos contrarias a la Ley que constituyen actos nulos o anulables y los afectados tienen ante ellas abierto el sistema de recursos. Esto es, en el Ordenamiento jurídico se toleran márgenes de error, se admite que un servidor público no acierte en la aplicación de unas normas a la hora de resolver un caso, y, precisamente, para enmendar esos posibles errores, está previsto el sistema de recursos en vía administrativa y jurisdiccional, sin que de la rectificación derive inevitablemente la prevaricación.

El delito de prevaricación exige, por tanto, un nivel intolerable de menosprecio a la ley: su carácter injusto o arbitrario. O lo que es lo mismo, no basta la mera ilegalidad, pues no se trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino de sancionar supuestos límites en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado o a la cosa pública en un injustificado ejercicio de abuso de poder (SSTS 3 junio 2002, 8 enero 2002, 29 octubre 2001, 25 septiembre 2001, 22 mayo 2001, 18 noviembre 2000, 26 octubre 2000, 4 diciembre 1998, 12 junio 1998, 9 junio 1998). Por tanto, y de acuerdo con QUINTERO, de existir alguna duda razonable sobre la legalidad o ilegalidad del acto, debería descartarse el delito.

Porque la arbitrariedad implica un plus de antijuridicidad, una oposición evidente a la regulación que carezca de toda justificación razonable desde cualquier ángulo o posibilidades de interpretación de la norma de que se trate, ya sea ésta procesal o sustantiva (STS 15 noviembre 2004). Frente a la mera nulidad o anulabilidad de los actos administrativos, subsanable mediante los correspondientes recursos, la prevaricación administrativa se caracteriza por esa frontal oposición a lo ordenado por el Estado de Derecho. Es por ello que no tienen cabida las interpretaciones discutibles o simplemente erróneas, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discor-

⁴ En sentido similar, entre otras: SSTS 426/2000 de 18 de marzo; 1382/2012, de 17 de julio; y 787/2013, 23 octubre.

dancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Esto es, una resolución indefendible por sustituirse la voluntad de la ley por la voluntad del funcionario.

Según reiterada jurisprudencia⁵ esta patente contradicción de la resolución con el Derecho puede manifestarse porque: se dicta sin tener la competencia legalmente exigida, o por órganos incompetentes (SSTS 8 enero 2002; 2 noviembre 1999; 12 junio 1998); no se respetan las normas esenciales de procedimiento o se omiten trámites esenciales del mismo (SSTS 14 noviembre 2000; 2 noviembre 2000; 23 octubre 2000; 4 diciembre 1998); el fondo de la resolución contraviene lo dispuesto en la legislación vigente, esto es, existe una patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico (SSTS 8 enero 2002; 12 diciembre 2001; 22 mayo 2001; 1 julio 2000; 12 junio 1999); el fondo de la resolución supone una desviación de poder, contraviene la legislación vigente o se adopta fuera de plazo; total ausencia de fundamento; o existe claro desprecio de los intereses generales.

Y es que, para diferenciar la especie de lo prevaricador respecto del género de lo contrario a Derecho, la jurisprudencia⁶ pone el énfasis en la concurrencia de un plus que cabe proclamar desde las siguientes referencias: a) *en lo objetivo*, la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho (STS de 1 de abril de 1996 , de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994); b) *en lo subjetivo*, el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, lo que cabe predicar cuando la resolución prevaricadora es, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad (SSTS 23 mayo de 1998; 4 diciembre 1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre) y c) *formalmente*, cuando la resolución se dicta por quien es manifiestamente incompetente o se conculcan normas y principios esenciales del procedimiento génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), bien porque en absoluto se cumplen, o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad se soslaya su finalidad (STS 1021/2013, 23 de noviembre). Por todo ello, y en sentido contrario, una sentencia penal absolutoria no tiene porque significar el respaldo a la actuación administrativa que puede seguir siendo ilegal desde el punto de vista jurídico-administrativo (STS 331/03, 5 de marzo).

⁵ Entre otras, SSTS 727/2000, 23 octubre; 2340/2001 de 10 diciembre y 76/2002, de 25 de enero.

⁶ Entre otras, SSTS 743/2013, de 11 de octubre; 21 octubre 2004; 22 septiembre 2003; 19 noviembre 2008 y 729/2014, 24 noviembre.

En definitiva, el contenido material del delito de prevaricación parte de comprobar que el acto administrativo no sólo contradice el derecho positivo —lo que sería controlado por la propia Administración o por la Jurisdicción Contencioso-administrativa—, sino que, además, requiere que el acto suponga una vulneración de los principios y valores constitucionales. Y ello porque tampoco se debe obviar que el Derecho Penal se rige por el principio intervención mínima, lo cual obliga a confinar la punición por el delito de prevaricación a los casos en que la actuación administrativa constituya una infracción grave de los principios básicos de la Administración pública, y no una simple ilegalidad o actuación antijurídica que pueda ser corregida con otros tipos de instrumentos jurídicos. Una decisión injusta que, además, y como veremos, debe serlo a sabiendas de su arbitrariedad, quedando fuera del ámbito del art. 404 las resoluciones injustas objetivamente, pero adoptadas por negligencia, imprudencia, error o ignorancia⁷.

F) CONSUMACIÓN Y POSIBLE TENTATIVA

Para la consumación del delito de prevaricación, el *Acuerdo de Sala del TS de 1997* antes aludido, requiere que la resolución arbitraria ocasione un resultado injusto, esto es, una lesión de un derecho o del interés colectivo. Ahora bien, como ha apuntado el propio TS en pronunciamientos posteriores, no se exige un efectivo daño objetivo a la causa pública o servicio de que se trate, porque siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo: la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos merecen, dado que la autoridad o funcionario dejan de ser custodios de la legalidad para convertirse en sus primeros infractores, con efectos devastadores sobre la ciudadanía (SSTS 28 junio 2006; 17 julio 2002).

Sea como fuere, el delito se consuma con la adopción por la autoridad o funcionario de la resolución, lo que hace técnicamente posible la tentativa, que dependerá de los trámites o pasos sucesivos que requiera la resolución para llegar finalmente a emitirse.

⁷ *Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el art. 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art. 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS. 766/1999, de 18 de mayo y 2340/2001, de 10 de diciembre).*

En este sentido, cabría calificar de tentativa, por ejemplo, la conducta del funcionario que vota a favor de la adopción de una resolución arbitraria que finalmente no se emite por causas ajenas a su voluntad.

G) TIPO SUBJETIVO: EL ERROR SOBRE LA INJUSTICIA DE LA RESOLUCIÓN

Este delito sólo puede ser cometido dolosamente, y pese a que el tipo utiliza el término “a sabiendas”, que normalmente se identifica con dolo directo, la doctrina y jurisprudencia creen posible el dolo eventual. Ahora bien, la jurisprudencia más reciente, sin embargo, considera que este delito sólo puede cometerse con dolo directo, excluyendo la responsabilidad penal en aquellos casos en los que haya dudas razonables sobre la injusticia de la resolución, que deberán ser reconducidos al ámbito del Derecho disciplinario y, en su caso, de la responsabilidad civil.

En este sentido, las SSTS 537/2002, de 5 de abril y 1031/2002, de 30 de mayo, manifiestan que no cabe culpa o negligencia en la realización del injusto, ni tan siquiera el dolo eventual, sino que ha de concurrir un dolo directo y específico. Esto es, sólo se comete el delito cuando el funcionario, con plena conciencia de que va a resolver en contra del Ordenamiento jurídico, así lo hace actuando porque quiere ese resultado y antepone su voluntad al Derecho, erigiéndose el mismo en una pretendida e injusta fuente normativa. En definitiva, el sujeto activo ha de tener clara la conciencia de la arbitrariedad y de la injusticia que está cometiendo, sin que pueda integrarse el tipo subjetivo de este delito con una mera asunción de probabilidades en la realización de lo jurídicamente desaprobado y reprochable (también SSTS 1/98, 23 mayo; 1493/98, 4 diciembre; 766/99, 18 de mayo; 1526/99, 2 de noviembre; 1031/02, 30 mayo; 867/03, 22 septiembre; 141/05, 11 febrero).

Los motivos que puedan llevar al autor a dictar una resolución injusta (venganza, motivos racistas, misóginos, etc.), aunque son irrelevantes para el tipo subjetivo, pueden ayudar dentro del tipo objetivo a demostrar el carácter injusto o arbitrario. En cualquier caso, se rechaza una concepción subjetiva de arbitrariedad, basada en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario (SSTS 24 octubre 2001; 26 octubre 2000); lo que, sin embargo, no es incompatible con entender que la arbitrariedad de la resolución no siempre se puede determinar atendiendo a criterios puramente objetivos, con independencia del contenido de la voluntad de quien la dicta (STS 12 diciembre 2001). Sea como fuere, no existe ánimo delictivo cuando se desea atender una necesidad ina-

plazable de interés general y con tal fin se produce una simple infracción de ilegalidad administrativa, sin causar perjuicio ninguno a los administrados o a la comunidad (STS 971/97, 4 julio).

Pero, ¿qué ocurre en aquellos casos en que la autoridad o funcionario público actúa con error sobre la injusticia de la resolución? ¿Es un error de tipo o un error de prohibición? Lo cierto es que es discutible. De acuerdo con CORCOY, cabría calificarse como error de tipo si el sujeto desconocía el contenido de la resolución o las circunstancias fácticas en las que se dicta, determinantes de su arbitrariedad; en tales supuestos su conducta será impune, tanto si el error es vencible como invencible (STS 965/99, 14 junio). De su parte, cuando el sujeto conoce el contenido de la resolución que dicta, y también las circunstancias fácticas determinantes de su arbitrariedad, pero sin embargo desconoce la regulación de aquélla creyendo que es ajustada a Derecho (STS 3 junio 2002): cabría hablar de error de prohibición (que sólo se castigaría cuando es vencible)⁸ si la regulación jurídica de la concreta resolución administrativa es ambigua y, por tanto, susceptible de diversas interpretaciones. Finalmente, si el sujeto sabe que la resolución que dicta es antijurídica, pero desconoce su carácter arbitrario creyendo que no pasa de ser una mera ilegalidad: normalmente existirá dolo eventual en relación al carácter arbitrario de la resolución por lo que la solución dependerá de si se admite o no el dolo eventual en este delito.

Sea como fuere, los informes favorables de quien tenía la función de asesorar técnicamente no excluyen necesariamente el carácter doloso de la conducta (STS 12 diciembre 2001), si bien es posible que puedan provocar un error, incluso vencible, cuando se actúa de acuerdo con ellos (SSTS 14 noviembre 2000; 23 octubre 2000; 28 diciembre 1998).

H) SITUACIONES CONCURSALES

Además de caber el delito de prevaricación continuada (SSTS 29 octubre 2001; 878/02,

8 Se consideró error de prohibición invencible el supuesto en que el Ministro del Interior llevó a cabo un acto de disposición de los fondos reservados de la cuenta denominada de material, destinada a gastos reservados, de la que dispuso más de 7 millones de pesetas, que destinó durante los años 1990 a 1993 con ocasión de las navidades a obsequios para las esposas de distintos funcionarios del Ministerio del Interior (STS 1974/04, 18 de octubre). Sin embargo, no se consideró error de prohibición: alcalde que impide la entrada en el edificio a trece concejales para obstaculizar el propósito anunciado de interponer una moción de censura (STS 899/02, 3 de junio); retribución indebida de un alcalde (STS 257/05, 28 de febrero); alcalde que retiene indebidamente haberes de un funcionario municipal (STS 959/05, 18 julio).

17 mayo), existen algunas figuras que guardan una estrecha relación con este delito encontrándonos ante un *concurso de leyes* a resolver por el principio de la especialidad: arrogación de funciones judiciales (STS 1 julio 2000), coacciones (STS 19 junio 2000 y 1031/02, 30 mayo), revelación de secretos, omisión de impedir determinados delitos o impedir el ejercicio de derechos cívicos del art. 542 (SSTS 14 junio 1999, 2 julio 1997)⁹. De su parte, constituyen tipos especiales de prevaricación los que existen en materia de medio ambiente (art. 329 CP), patrimonio histórico (art. 332 CP) y urbanismo (art. 320 CP) y respecto de los cuales también existe concurso de leyes¹⁰.

Tampoco son extraños los *concurso de delitos* con: la falsedad en documento público (STS 867/03, 22 septiembre); el cohecho (SSTS 29 octubre 2001; 8 mayo 2001, 1493/99, 21 diciembre); y la malversación de caudales (STS 857/03, 13 junio). Finalmente, la prevaricación judicial (arts. 446 y ss. CP) se diferencia de la administrativa en que su tipo subjetivo es más amplio, pues cabe la modalidad imprudente, y ello por no hablar de la especialidad en los sujetos activos que sólo pueden ser jueces y magistrados.

I) PENAS Y PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN. RESPONSABILIDAD CIVIL

Con la última reforma del CP se revisan las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública. Concretamente, en el delito de prevaricación, a la pena ya prevista anteriormente de inhabilitación para empleo o cargo público, se le añade la inhabilitación adicional (no alternativa) de otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, lo que impide al condenado optar a un cargo electivo durante el tiempo previsto en la condena. La duración para ambas inhabilitaciones es ahora de nueve a quince años, lo que a su vez afecta a los plazos de prescripción. A tales efectos, el art. 131, que también ha sido modificado, prevé que este delito no prescriba hasta los 20 años (art. 131.1 CP).

En lo que a la responsabilidad civil se refiere, está existirá cuando la prevaricación

⁹ Respecto al delito de nombramientos ilegales, la jurisprudencia se muestra ambigua sobre si es concurso de leyes o de delitos (STS 10 diciembre 2001).

¹⁰ La razón de ser de estos tipos específicos de prevaricación es, además de contemplar penas mayores, construir tipos penales que castigan de forma amplia la prevaricación omisiva o consideran prevaricación la realización de actos de trámite (no resolutorios) como los informes. Estas figuras implican la misma anti-juridicidad material que el delito genérico recogido en el art. 404 CP, incorporando en cada caso el desvalor complementario que justificó su incorporación al Código penal.

produzca un daño que deba indemnizarse civilmente. En estos casos, responde civilmente el funcionario cuando el daño sea una consecuencia inmediata y directa de la resolución injusta. Si entre su conducta y el daño se interpone otra conducta que es la que realmente lo provoca, la obligación de reparar recae sobre aquel que ha realizado esta última conducta y el funcionario responderá en la medida en que haya participado dolosamente en el hecho productor del daño (STS 29 diciembre 2001).

J) JURISPRUDENCIA

Haciendo un recorrido por la jurisprudencia del TS, entre otros muchos, son supuestos en los que se ha apreciado la *existencia de un delito de prevaricación*: demolición de obra sin recurrir al procedimiento correspondiente (STS 38/98, 23 enero) o sin una declaración previa de ruina o adopción de otras medidas de seguridad mínimas (STS 861/08, 15 diciembre); Negativa de dar posesión al Secretario del ayuntamiento (STS 38/98, 28 junio); Disminución de ingresos de una secretaria de ayuntamiento con el fin de que lo abandone (STS 648/07, 28 junio); adquisición de terrenos pese a ser informado por el secretario de su ilegalidad (STS 38/98, 23 enero); exención del pago de tasas a los concejales (STS 1343/03, 20 octubre); Imposición de tasas a concejales de la oposición y pago de sanciones personales con fondos públicos (STS 38/98, 23 enero); alcalde que ordena a un policía local que le entregue una denuncia de tráfico que acabó prescribiendo (STS 813/98, 12 junio); retribución de un alcalde en concepto de gastos de locomoción, dietas e indemnizaciones (STS 257/08, 28 febrero); adjudicación de obras a un concejal sin seguir la normativa correspondiente (STS 1297/98, 29 octubre), denegación de licencias urbanísticas (STS 1156/99, 8 julio); concesión ilegal de licencias de edificación en suelo no edificable (STS 1015/02, 31 mayo); cambio de instructor de un expediente disciplinario (STS 1358/01, 8 enero); contratación arbitraria de un trabajador y de personal para el ayuntamiento (SSTS 878/02, 17 mayo; 1720/03, 23 diciembre); pago indebido por el ayuntamiento de las cuotas de la seguridad social a tres trabajadores del PER (STS 2125/02, 7 enero 2003); apertura de calle sin previa expropiación (STS 704/03, 16 mayo); favoritismo en la adjudicación de obras mayores o encargo directo de obras menores a determinadas empresas (STS 504/03, 2 abril); autorización aumento del volumen edificable (STS 935/03, 26 junio); exención arbitraria de licencia de obras y de licencia de primera ocupación (STS 1686/03, 12 diciembre); percepción indebida de honorarios (STS 1223/04, 21 octubre); concejal que aprueba determinados pagos (STS 755/07, 25 septiembre).

De su parte, *no se apreció la existencia de un delito de prevaricación* en casos como: convocatoria subvenciones dirigida a empresas privadas para compensar ordenanza municipal que incrementa significativamente impuesto sobre actividades económicas (STS 61/98, 27 enero); licencia de obras discutible pero con dictamen favorable del secretario y sin que el alcalde actuara con ánimo de dictar una resolución injusta (STS 1361/97, 14 noviembre); adjudicación de las obras del cementerio sin seguir el procedimiento legal pero hecho por razones de urgente necesidad por déficit de plazas de enterramiento (STS 971/97, 4 julio); licencia de obras ilegal, advertido por el secretario, pero susceptible de solución por la vía contencioso-administrativa (STS 300/98, 3 abril; 1354/98, 5 noviembre); denegación licencia de demolición por entenderse que es un agravio comparativo con las viviendas situadas en segunda y tercera fila y dado que la construcción del paseo marítimo resultaba muy cara (STS 766/99, 18 mayo); designación de funcionarios incompetentes para una determinada actuación que se castigaría suficientemente por la vía administrativa (STS 487/98, 6 abril); contratación de una persona para evitar la interrupción de un servicio (STS 464/98, 4 abril); cesión gratuita de terrenos buscando que la gente se quede en el pueblo e incluso vuelvan vecinos emigrados (STS 1621/98, 28 diciembre); rector universitario que ordena pagar una indemnización a un catedrático, por ser tan amplias las facultades de los rectores por lo que no se puede afirmar que se trate de un alejamiento del derecho tan grave que no admita una explicación mínimamente razonable (STS 331/03, 5 de marzo).

III. Conclusiones valorativas: El Derecho penal como última ratio

Pese al evidente giro en el curso de los acontecimientos —o precisamente por ello—, no debemos olvidar que el Derecho penal se fundamenta en el principio de intervención mínima o *ultima ratio*, por lo que sólo será de aplicación en casos y supuestos en los que se integren plenamente los elementos objetivos y subjetivos del injusto; o lo que es lo mismo, conductas clara y ostensiblemente graves. De otro modo, si a cualquier tipo de acción desarrollada dentro de la Administración o por sus agentes se le realiza apriorísticamente un reproche penal, automatizando la aplicación del Derecho penal, además de conculcar el principio de intervención mínima, se estará produciendo una “administrativización” del Derecho penal y un abandono de las normas precisas que rigen la actividad de los entes públicos: el Derecho administrativo general y, en su caso, sancionador. Una *praxis*, además, viciada en su base, si partimos de que

la Administración se guía por la objetividad (art. 103 CE), por lo que el automatismo de la aplicación del Derecho penal respecto de la Administración supone quebrantar el principio de objetividad que es esencial a ella y determina presumir, desde el principio, que la Administración pública actúa con dolo o negligencia, lo que es contrario a Derecho.

Ciertamente, la gestión pública deficiente por parte de los funcionarios puede tener reflejo en tipos penales como el cohecho, la malversación, el tráfico de influencias o la prevaricación, sin embargo, debemos puntualizar que el CP no es, ni debe ser o convertirse en un exhaustivo reglamento (administrativo) de conductas sancionables (o punibles). En base a todo esto, quien ejercita una acción penal frente a la Administración debe acreditar, con carácter prioritario, la subjetividad dolosa o culpable. Por ello, no debe ser la regla general la apertura de causas penales directas frente a la Administración o frente a sus funcionarios por un presunto delito de prevaricación administrativa, pues se cuenta con cauces específicos para ello, y mucho menos si éstos no se han esgrimido previamente. No es posible anular o prescindir de la función de control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Una ilegalidad administrativa no es *per se* una acción típica, antijurídica y culpable. La nulidad del acto administrativo no es delito, es por tanto necesario trascender la norma administrativa para poder considerar la concurrencia de un delito. De hecho, la presencia de una duda razonable sobre la ilegalidad del acto administrativo hace desvanecer la idea del hecho delictivo, pues la ilegalidad ha de ser manifiesta y clara (STS 155/1997, 7 de febrero).

Tal y como hemos visto, la actual jurisprudencia, superando la anterior tendencia a la objetividad (centrándose en la evidente contradicción entre el acto administrativo y el Derecho), para apreciar prevaricación se basa en el ejercicio arbitrario del poder, en la necesidad de acreditar o demostrar el dolo del funcionario actuante, quien resuelve con pleno conocimiento y voluntad de la injusticia de su actuación. Y esto sólo ocurrirá cuando la resolución sea insostenible legalmente o cuando la argumentación jurídica no sea sino la plasmación de la voluntad de quien, desvirtuando los fines administrativos, persigue un interés personal, erigiéndose el mismo en fuente del Ordenamiento jurídico. Actuaciones que, sea como fuere, al final se producen con más frecuencia de lo que nos gustaría admitir, y en las que los informes del Secretario e Interventor juegan un papel crucial con gran valor probatorio (STS 729/2014, 24 de noviembre). Y es que una de las últimas trincheras de la legalidad municipal, sin duda radica en la incorporación al procedimiento de los informes de los habilitados cuando resulta preceptivo. Informes

a los que la Jurisdicción Contencioso-administrativa¹¹ ha dado el valor que se merecen, buscando así eludir la práctica del “puenteo” de la autoridad que, bajo excusas de urgencia y celeridad, o simplemente buscando soslayar informes jurídicos sonrojantes para cualquiera con un poco de vergüenza, se apoyan en informes de otros funcionarios o de costosas consultoras externas. Informes “ajenos” que, al final, sí podrán forjar criterio, pero nunca sortear los de los órganos llamados por ley a asistir jurídicamente, evitando con ello perjuicios aún mayores para los intereses públicos.

11 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León de 23 de julio de 2010 (rec. 2992/2008).

IV. Cuadro resumen

CUADRO RESUMEN	
<i>PREVARICACIÓN</i>	
<p>Con el delito de prevaricación se busca garantizar el debido respeto al principio de legalidad y la transparencia en la labor administrativa. Una función con la que el CP no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino de sancionar los supuestos antijurídicos de mayor gravedad. No es la mera ilegalidad lo que sanciona penalmente, sino la arbitrariedad.</p>	
<p>No cualquier resolución administrativa puede dar lugar a un delito de prevaricación, sólo aquella que tenga carácter decisorio, aquélla que resuelva sobre el fondo del asunto en cuestión, afectando con ello a los derechos de los administrativos o a la colectividad en general. Queda fuera, por tanto, además de los actos judiciales, políticos o de gobierno, los denominados "actos de trámite" (actas, informes, consultas, dictámenes, diligencias, mandamientos de pago, etc.) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva. Actuaciones preparatorias que pese a tener también contenido decisorio, no resuelven sin embargo sobre el fondo del asunto, motivo por el que no pueden dar lugar a este delito.</p>	
<p>Sujeto activo de este delito sólo puede serlo la autoridad o funcionario público que reúna las condiciones requeridas en el art.24 CP, y además ostente la capacidad de dictar una resolución dentro de un asunto administrativo. Los <i>extraneus</i> (funcionarios o particulares), en consecuencia, sólo pueden responder como partícipes. En caso de órganos colegiados, sólo responderán como coautores los que votaron la resolución prevaricadora.</p>	
<p>La conducta delictiva consiste en dictar una resolución administrativa. Una conducta claramente activa, si bien en casos excepcionales el TS admite la prevaricación por omisión. Concretamente, en aquellos supuestos en que la simple inactividad del funcionario resuelve el asunto, pues la ausencia de una resolución equivale a haberla adoptado y su incumplimiento implica efectos equivalentes a su denegación (Acuerdo de Sala del TS del 30 junio 1997).</p>	
<p>La resolución adoptada debe ser, en todo caso, arbitraria o injusta, que es lo que se justifica la intervención del Derecho penal. Frente a la mera nulidad o anulabilidad de los actos administrativos, subsanables mediante los correspondientes recursos, la prevaricación se caracteriza por un nivel intolerable de menosprecio a la ley; esto es, debe tratarse de una solución indefendible por sustituirse la voluntad de la ley por la voluntad del funcionario. Quedan, por tanto, fuera las interpretaciones discutibles o simplemente erróneas, las adoptadas por negligencia, imprudencia, erro o ignorancia.</p>	
<p>Aunque en teoría cabe la posibilidad de que el delito se cometa con dolo eventual, la jurisprudencia más reciente exige dolo directo, excluyendo la responsabilidad penal en aquellos casos en los que haya dudas razonables sobre la injusticia de la resolución, que deberán ser reconducidos al ámbito del Derecho disciplinario. Los informes favorables de quienes tenían la función de asesorar técnicamente no excluyen necesariamente el carácter doloso de la conducta, si bien pueden provocar un error, incluso vencible, cuando se actúa de acuerdo a ellos.</p>	
<p>Cabe el delito de prevaricación continuada. Con los delitos de arrogación de funciones judiciales, coacciones, revelación de secretos, omisión de impedir determinados delitos o impedir el ejercicio de derechos cívicos existe un concurso de leyes. El mismo tipo de concurso se dará con los tipos especiales de prevaricación habidos en materia de medio ambiente, patrimonio histórico y urbanismo. De su parte, existe concurso de delitos con la falsedad documental, el cohecho y la malversación de caudales.</p>	
<p>Tras la última reforma del CP, la pena prevista es de inhabilitación especial para empleo o cargo público e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de nueve a quince años. El delito prescribe a los 20 años. Siempre que se produzca un daño que debe indemnizarse civilmente, el autor de la prevaricación deberá hacer frente a la correspondiente responsabilidad civil.</p>	
<p>En la detección y castigo de las conductas prevaricadoras, los informes preceptivos de los habilitados son cruciales y gozan de gran valor probatorio, conformándose como una de las últimas trincheras de la legalidad municipal.</p>	

V. Bibliografía

CLIMENT DURÁN, C., *Código penal. Jurisprudencia sistematizada*, 4ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

CORCOY BIDASOLO, M., *Manual práctico de Derecho penal parte especial*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GARCÍA PAZ, D.- JIMÉNEZ VACAS, J.J., "Sobre el delito de prevaricación administrativa en el CP español", en *LA LEY* 8279/2014, pp.14 y ss.

GOMEZ RIVERO, C., (Coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC- MATALLÍN EVANGELIO-ORTS BERENGUER-ROIG TORRES, *Esquemas de Derecho penal. Parte especial. Tomo VII*, 2º edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

LAMARCA PÉREZ, C., (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 5ª edic., Colex, Madrid, 2010

MOLINA FERNÁNDEZ, F., (Coord.), *Memento práctico. Penal*, ediciones Francis Lefebure, Madrid, 2011.

MUÑOZ CLARES, J., "El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios", en *Revista General de Derecho*, 20, 2013, pp.1 y ss.

QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo II*, 6ª edic, Aranzadi, Pamplona, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, J., (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho penal. Parte Especial. Volumen II*, Iustel, Madrid, 2011.