

C. DERECHO
PENAL

PREVARICACIÓN. ILÍCITO
ADMINISTRATIVO O PENAL

Núm.
99/2001

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

El Ayuntamiento de Galapayuela, en sesión ordinaria de 25 de junio de 1999, presidida por el alcalde de la localidad y un concejal, previa convocatoria al efecto en el orden del día de la concesión del servicio de limpieza de parques y jardines del municipio, adjudicó a la empresa de don Julio Reina y Somares la indicada actividad, contraviniendo lo dispuesto en las normas administrativas que obligaban a la incoación de los oportunos expedientes de otros posibles peticionarios; no obstante, la advertencia realizada por el secretario del Ayuntamiento en tal sentido, en concreto, de la necesidad de incoar concurso público. El servicio de limpieza así adjudicado tuvo una duración de dos meses. Posteriormente, efectuado el conveniente concurso público, resultó definitivamente adjudicado el servicio a la misma empresa.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Naturaleza del delito del artículo 404 del Código Penal (CP).
2. Ilícito administrativo e ilícito penal.
3. Conceptos de «arbitrariedad» e «injusticia» de la decisión administrativa.
4. Solución jurídica.

• **SOLUCIÓN:**

Se pretende con la redacción fáctica, no tanto el estudio pormenorizado del delito de prevaricación de los funcionarios públicos, cuanto la comprensión del artículo 404 del CP actual, diferenciado respecto del 358 anterior (CP de 1973), por la inclusión del concepto de «arbitrariedad». El actual tipo penal pretende diferenciar entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, dándole al caso su verdadera dimensión. Si leemos detenidamente los hechos, concluiremos en la aplicación del artículo 404, condenando al alcalde y al concejal como autores de un delito de prevaricación, pues actúan «a sabiendas» de la necesidad de incoar los expedientes administrativos, eludiendo inicialmente la convocatoria del concurso público, con infracción de las normas administrativas que regulan las adjudicaciones solicitadas por los particulares o empresas; procediendo, ilegalmente, pues se produce una desviación de la legalidad administrativa y de forma arbitraria. Se podría decir que la resolución es arbitraria, conscientemente, que el alcalde y el concejal son funcionarios públicos y que, al ser un delito especial por razón de los sujetos activos del delito, susceptible de ser cometido por

personas individualmente consideradas o colegiadamente estructuradas, la naturaleza penal se impone en toda su extensión al infringirse y, consecuentemente, atacarse la legalidad administrativa, bien jurídico protegido por el artículo 404 del CP.

Ahora bien, sabemos que el derecho penal es un derecho de mínimos y que la frontera entre lo penal y lo administrativo está en la intensidad del ataque producido. Como bien razona la jurisprudencia, cualquier ataque (incluso consciente) no debe superar lo propio de la reclamación administrativa o de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues las actuaciones interpretativas sobre la materia del caso práctico y, en consecuencia, las voluntades del alcalde y del concejal, han de ser objeto de integración, buscando si la desviación de las normas administrativas es de tal intensidad que la resolución pudiera ser considerada además «arbitraria» y no sólo injusta. Es decir, actualmente el CP de 1995 ha añadido en el artículo 404 la palabra «arbitraria», manteniendo la de «injusticia», por lo cual, ahora el delito de prevaricación reclama ambos conceptos para su observancia como ilícito penal y, sobre todo, la especial intensidad del ataque y el daño que produce. La actuación del alcalde y del concejal es con claridad injusta e ilegal, pero no necesariamente arbitraria si no se ha producido un contundente perjuicio para la causa pública o los intereses de los ciudadanos del municipio, por no haberse dictado por órgano incompetente, o por haber durado dos meses tan sólo, permitiendo la convocatoria del oportuno concurso público que subsane definitivamente la decisión injusta anterior. La arbitrariedad se añade a la injusticia del pronunciamiento; pero la decisión del municipio no desborda el ámbito propio del control administrativo por las circunstancias expuestas. O puede ser arbitraria además de ilegal, volviendo a acentuarse que la intensidad del ataque y del daño producido a la causa pública o a terceros es lo determinante para la apreciación de la figura penal de delito de prevaricación del artículo 404 del CP.

En consecuencia, la actuación del alcalde y del concejal debe circunscribirse a la esfera del Derecho Administrativo, aun cuando la simple lectura del artículo 404 del CP de 1995 pareciera indicar lo contrario. El principio de «intervención mínima del Derecho Penal» se impone y los Tribunales de Justicia interpretan los conceptos jurídicos del precepto de la siguiente manera: «a sabiendas», como dolo específico y conciencia de que la resolución incumple la legalidad (el secretario del Ayuntamiento así lo había puesto en su conocimiento); «injusticia», como apartamiento de la legalidad, pero un apartarse intencionalmente de la misma con grave trastorno para la causa pública e intereses generales, que da entrada al Derecho Penal excluyendo el Administrativo; «arbitrariedad», como adjetivo de la ilegalidad de la decisión y que, como tal adjetivo novedoso, requiere un plus de antijuridicidad ya aludido, permitiendo al Derecho Penal desplegar toda su eficacia y justificando su intervención y el control penal de la actuación de las personas y de los organismos públicos, cuando se toma decisiones con falta de fundamento, o se omiten los trámites administrativos esenciales, o se desborda clamorosamente la legalidad, siendo una decisión administrativa no interpretable sino clara y manifiestamente contraria a derecho. Es el conjunto de los requisitos aludidos del tipo penal (injusticia y arbitrariedad), más la intensidad del ataque (daño a terceros o a la causa pública), lo que, sumados, nos permitirán concluir en la condena por el artículo 404 o en la intervención del Derecho Administrativo, evitándose así que cualquier actuación de los organismos públicos pudiera estar abocada a un posible proceso penal.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **SSTS de 15 de febrero y 17 de marzo de 1995, 3 de octubre, 5 de noviembre y 16 de diciembre de 1998 y 21 de marzo de 2000.**