

PREVARICACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Alberto Guerra Tschuschke



eBook en www.colex.es

1.^a EDICIÓN



PREVARICACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO

1.ª EDICIÓN

Alberto Guerra Tschuschke
Abogado y doctor en Derecho

COLEX 2021

Copyright © 2021

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Alberto Guerra Tschuschke

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-269-5
Depósito legal: C 1029-2021

SUMARIO

PRÓLOGO	11
1. INTRODUCCIÓN	13
2. EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL	19
3. CARACTERIZACIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL ART. 404 CP	23
4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE PREVARICACIÓN	27
5. CARÁCTER RESIDUAL DEL TIPO DE PREVARICACIÓN DEL ART. 404 CP	33
6. LOS ELEMENTOS DEL TIPO DE PREVARICACIÓN DEL ART. 404 CP	39
6.1. Concepto de autoridad o funcionario público	39
6.2. La resolución prevaricadora	43
6.3. El silencio administrativo y la prevaricación por omisión	47
6.4. La emisión de informes, oficios, contestaciones u otros	52
6.5. Actos verbales y disposiciones administrativas de carácter general	55
6.6. Clases de resoluciones. La terminación convencional y los convenios de la Administración	57
6.7. La resolución dictada «en un asunto administrativo»	65
6.8. La arbitrariedad de la resolución	68
6.9. Complejidad del Derecho Administrativo y prevaricación	71
6.10. La prevaricación por «desviación de poder»	72
6.11. El «resultado» materialmente injusto de la resolución	74
6.12. Que la resolución sea dictada «a sabiendas de su injusticia»	75
7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	79
7.1. Autoría, coautoría y autoría mediata en el delito de prevaricación administrativa ..	80
7.2. Partícipes en el delito de prevaricación del art. 404 CP	86
7.3. La atenuación de la pena a los partícipes en el caso de los delitos especiales. El art. 65.3 CP. La situación del cómplice	89
8. EL TRATAMIENTO DEL ERROR EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	97
8.1. Error y prueba indiciaria	109
8.2. ¿Error de tipo o de prohibición?	111

9. EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	115
9.1. La cuestión del precedente administrativo ilegal	117
9.2. Precedente administrativo y prevaricación	118
10. SUPUESTOS DE PREJUDICIALIDAD Y PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA ..	121
11. REGLAS DE CONEXIDAD Y CONCURSO DE DELITOS	133
11.1. Cohecho y Prevaricación administrativa	134
11.2. Falsedad y prevaricación administrativa	136
11.3. Usurpación de funciones y Prevaricación administrativa	136
11.4. Tráfico de influencias y prevaricación administrativa	136
11.5. Negociaciones prohibidas a funcionarios y prevaricación administrativa	137
11.6. Fraude y prevaricación administrativa	138
11.7. Malversación y prevaricación administrativa	139
12. PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y DELITO CONTINUADO	141
12.1. Delito continuado y prescripción	148
12.2. Coautoría y participación en el delito continuado de prevaricación administrativa	149
13. PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y ÓRGANOS COLEGIADOS	151
13.1. Los órganos colegiados en el Derecho Administrativo	152
13.2. Órganos colegiados, principio de culpabilidad y posición de garante	154
14. PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y DELEGACIÓN DE FUNCIONES	165
14.1. El caso particular de las encomiendas de gestión	167
15. LA PRUEBA DE INDICIOS Y EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA ..	169
16. PREVARICACIÓN Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	175
17. PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y SANCIONES DISCIPLINARIAS. EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i>	179
18. PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL JUICIO POR JURADO	185
19. PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y PENALIDAD	191
19.1. Alcance y extensión de la inhabilitación especial	193
19.2. El principio de proporcionalidad	197
20. ANULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS POR LOS TRIBUNALES PENALES ..	201
21. PRESCRIPCIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN. PRESCRIPCIÓN Y CONEXIDAD	207
21.1. Prescripción del delito de prevaricación del art. 404 CP	208
21.2. Prescripción y conexidad delictiva	209

SUMARIO

21.3. Cómputo de los plazos.	213
21.4. Prescripción y nulidad de actuaciones	216
22. CIRCUNSTANCIAS EXCLUYENTES Y MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA	219
22.1. Circunstancias eximentes	219
22.2. Circunstancias modificativas (atenuantes y agravantes)	221
BIBLIOGRAFÍA	225

PRÓLOGO

Es para mí un placer que el doctor Alberto Guerra Tschuschke, extraordinario abogado e investigador, me haya permitido prologar una magnífica obra documental sobre el delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho Administrativo.

No solo es un honor introducir esta obra del estado actual de la prevaricación administrativa y el Derecho Administrativo, sino que constituye un reto por la dimensión amplia y profunda de los conocimientos que aquí se proponen.

En el mundo universitario actual hay un gran interés por la Criminología y el Derecho en concreto, pero en general en todas sus aplicaciones. Cada vez los estudios de Criminología son más demandados por la sociedad. Esto quiere decir que los delitos de prevaricación administrativa interesan a una parte importante de la sociedad que se siente atraída por conocer e instruirse en el objeto de estudio del libro.

En esta obra el doctor Guerra hace un importante recorrido por los grandes bloques que vertebran el delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho Administrativo. Una lectura detenida de este espléndido manual hará que sus lectores encuentren un material de apoyo riguroso en la metodología y de gran actualidad académica. Resulta de enorme interés por la rigurosidad que la ha realizado.

El Dr. Guerra realiza una síntesis de la conceptualización de la prevaricación administrativa, generando así una explicación del viene jurídico protegido, sentando los presupuestos los principios que lo rigen y de las situaciones que las originan.

De igual forma se hace un recorrido del carácter residual del tipo de prevaricación y de los actores que intervienen en él. Prosigue con los elementos que son necesarios, tal y como viene establecido en el artículo 404 del Código Penal.

El libro continúa haciendo referencia a la autoría y participación en el delito de prevaricación administrativa. Posteriormente, realiza un análisis exhaustivo del tratamiento del error en el delito objeto de estudio, así como el precedente administrativo.

Ahonda el doctor Guerra en los supuestos de prejudicialidad y prevaricación administrativa para así, tratar en profundidad las reglas de conexidad y concurso

de delitos donde trata del cohecho, la falsedad, la usurpación de funciones, el fraude, la malversación, las negociaciones prohibidas a funcionarios, etc.

La obra finaliza con los capítulos que analizan las circunstancias excluyentes y modificadoras de la responsabilidad criminal en el delito de prevaricación administrativa.

A lo largo del libro no solo llama atención el excelente trabajo de documentación científica realizado por el autor, sino también el fácil manejo de los conceptos de delito, prevaricación y Derecho Administrativo que realiza el doctor Guerra, sino además, la capacidad pedagógica, lo que facilita aún más la lectura y profundización en la materia.

Una abundante riqueza de conceptos y términos se manifiestan en esta obra escrita, como mencionaba al comienzo de este prólogo, con gran erudición académica y con vastos conocimientos científicos. Será sin duda, un libro de referencia para un elenco amplio de profesionales: criminólogos, juristas, sociólogos...

En suma, otra magnífica obra del doctor Alberto Guerra que nos va dotando de una gran herencia del pensamiento y conocimiento profundo no solo a los profesionales que compartimos cohorte con él sino a las futuras generaciones.

Finalmente, quiero agradecer de nuevo a Alberto Guerra por este inmerecido honor que me concede al prologar este trabajo tan brillantemente. Tengo la suerte de frecuentar su amistad y de poder valorar sus enormes conocimientos humanísticos y jurídicos, que, con su habitual generosidad, conforman una de las personalidades más destacadas en este ámbito.

José María Caballero Salinas
Abogado y doctor en Derecho

1.

INTRODUCCIÓN

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

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

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

Por otro lado, la evolución de este tipo de procesos, en los que muchas veces se debate no ya el denso tratamiento jurídico penal del fenómeno o su vertiente técnica, sino la imparcialidad o apariencia honorable del servidor público cuestionado, no parece que vaya a reducir su importancia, pues cada vez son más los requerimientos de transparencia y participación directa en la gestión pública, de tal modo que no se trata ya de que se detecten un mayor número de supuestos ilícitos, sino de un adelantamiento de la barrera o listón para la entrada de la defensa de la sociedad, de modo que actúe el Derecho Penal. Ello merece una

sería reflexión, un adecuado enfoque, un redimensionamiento, pues todo parece indicarnos que esta materia seguirá en un aumento constante de cara al futuro, en cuanto a su relevancia e importancia.

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

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

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

Desde una perspectiva analítica se pretende profundizar en el desarrollo cronológico, a lo largo del tiempo, de la evolución que ha experimentado el delito y las características de su punición. Se trata de un tipo delictivo recogido ya desde los primeros códigos penales, con una redacción parecida pero que es necesario poner en su contexto histórico en cada ocasión. El debate, en los últimos años, se ha acentuado más en su arco punitivo y la naturaleza de la pena a imponer, incluyendo, o no, pena privativa de libertad, pues parece que no existe gran controversia doctrinal o jurisprudencial sobre los elementos del tipo y su interpretación.

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

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

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

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

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

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

Si bien tradicionalmente los delitos de los funcionarios públicos («Delitos contra la Función Pública» del Título XIX del Código Penal) no han sido especialmente tenidos en cuenta por la doctrina para su estudio, lo cierto es que, como se ha indicado, el estado de la cuestión se ha tornado en cuestión de pocos años. El legislador de 1995, aprobando «el Código Penal de la democracia», introdujo algunas modificaciones sustanciales (por ejemplo, la supresión de la prevaricación por negligencia o ignorancia), pero no dejó de ser una regulación desordenada y que arranca de conceptos arcaicos que, después, ha sufrido nuevas modifica-

ciones. En particular, el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal se ha mantenido igual desde 1995, salvo en lo que al arco punitivo se refiere, sin introducirse, como se ha pretendido por algún sector, penas privativas de libertad.

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

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

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

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

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

PREVARICACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Los constantes requerimientos de la sociedad moderna, en términos prestacionales, las necesidades regulatorias de muchos sectores, así como el fenómeno de la descentralización que ha multiplicado las instancias de decisión, unido a las exigencias de transparencia, participación y *buen gobierno*, han supuesto una extraordinaria expansión del Derecho Administrativo, que ha venido acompañada de un crecimiento de tecnificación, pudiendo decirse ya que el Derecho Administrativo integra un conjunto de subsistemas jurídicos, tales como el urbanismo, la contratación pública, la defensa de la competencia, la protección del medio ambiente, el régimen financiero y presupuestario o el régimen personal de la Administración, de tal modo que a veces resulta imposible, incluso para el profesional, estar al tanto de todas las normas vigentes que afectan a alguno de estos subsectores del Derecho Administrativo.

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



ALBERTO GUERRA TSCHUSCHKE

Abogado y doctor en Derecho

El autor es Técnico de Administración General (excedente) y perteneciente al Cuerpo de Letrados Municipales del Ayuntamiento de Murcia. Ha desempeñado diversos puestos en Administración Local, en el ámbito de los Servicios Jurídicos y como Director de la Gerencia de Urbanismo de Murcia. Licenciado y Doctor en Derecho y Graduado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas. MBA y Máster en Asesoría Fiscal por ENAE, ha sido profesor asociado del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia e impartido numerosos cursos y seminarios en materias de su especialidad. También ha publicado varios artículos doctrinales.

PVP: 19,00 €

ISBN: 978-84-1359-269-5



9 788413 592695