

# REFLEXIONES ACERCA DEL DELITO DE PREVARICACIÓN: DESDE SU INTERPRETACIÓN EXTENSIVA A SU MOTIVACIÓN REDUCCIONISTA

Lorenzo Morillas Cueva  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Granada (España)

Fecha de recepción: 28 de septiembre  
Fecha de admisión: 18 de noviembre

**RESUMEN:** Referencia importante en la codificación penal española es el delito de prevaricación administrativa que, además, marca un cierto espacio social como tipicidad incluida con relevante presencia dentro de los Delitos contra la Administración Pública. El presente trabajo tiene como finalidad principal su interpretación sobre los planteamientos político-criminales con los que lo abordó el Código penal de 1995, todavía vigente, y su propuesta restrictiva equilibradora entre el respeto al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas y el principio de intervención mínima, esencia y fundamento del Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. Como soporte analítico jurisprudencial se atiende con prioridad, entre otras decisiones jurisprudenciales, al Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla de 31 de mayo de 2016.

**ABSTRACT:** The administrative prevarication has an important reference under the Spanish criminal codification. It marks a certain social space as typical, making it a relevant presence within the Crimes against the Public Administration. The main aim of the present article consists on interpreting the political and criminal approaches dealt by the current Penal Code of 1995. In addition, it will be object of discussion its restrictive and balance proposal between the respect for the principle of legality in the exercise of public functions and the principle of minimum intervention as essence and basis of the Criminal Law in a Social and Democratic State. As an analytic jurisprudential support, special attention is given, among other decisions of jurisprudence, to the Court Order of the Court of Instruction nº 6 of Seville of May 31<sup>st</sup>, 2016.

**PALABRAS CLAVE:** prevaricación, administración pública, intervención mínima, resolución arbitraria

**KEY WORDS:** Prevarication, public administration, minimal intervention, arbitrary resolution.

**ÍNDICE:** I.- Introducción. II.- Hechos determinantes y calificación jurídico-penal contenidos en el Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla de 31 de mayo de 2016, sobre procedimiento de diligencias previas nº 6645/15. 1. Cuestiones previas. 2. Mecanismo administrativo aplicado. 3. Estructura temporal. 4. Actos. 5. Calificación jurídico-penal de los hechos. III. El delito de prevaricación: alcance y fundamento.

## I.-INTRODUCCIÓN

Uno de los delitos de mayor acervo y significado en la historia punitiva de nuestro país, es el delito de prevaricación. Desde su conocido inicio, como tal, allá por el año 1813, cuando un Decreto de Cortes, de 24 de marzo, marcó, con una determinante dimensión penal, las “Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos”, en cuyo Capítulo 11 sobresalía ya la prevaricación junto al cohecho, entre otras infracciones elevadas también a criminales, hasta nuestros días el señalado delito ha tenido vigencia interrumpida en la Codificación española, en lo que ha sido llamada “tradición de estabilidad”<sup>1</sup> y que supone una meditada respuesta a las actuaciones más relevantes de desvío de poder de los funcionarios, antes solamente, ahora, asimismo, de las autoridades. Tradicionalmente desde una perspectiva jurídica ha sido conceptualizada como el faltar conscientemente a los deberes del cargo de funcionario que implican decisión o resolución. Quintano Ripollés la definió, en una gráfica frase, como equivalente a “torcer el derecho”<sup>2</sup>. A pesar de esa permanencia y de la atención continua tanto de la doctrina como de la jurisprudencia su interpretación y alcance no dejan de ser complejos, fruto de enfrentadas valoraciones, de no menos utilizaciones y de dispares elaboraciones legislativas.

Situemos en esta breve introducción las dos últimas regulaciones al respecto, la del Código de 1944/1973 y la de 1995, actualmente vigente con algunas modificaciones puntuales. La primera de ellas acogía, en el Título VII, los denominados, con carácter general “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, dedicando el Capítulo primero precisamente a la prevaricación a la que fijaba desde una dimensión unitaria y posiblemente demasiado amplia. Incluía la prevaricación judicial, artículos 351-358, la prevaricación administrativa, artículo 358, –optaba por una doble dimensión sumamente interesante para la comparativa posterior con la regulación actual: a) el funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución injusta en asunto administrativo; b) el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo. El legislador combina en un doble tipo la prevaricación dolosa con la imprudente, utilizando los términos asimismo entrecruzados de “resolución injusta” y “manifiestamente injusta” y “a sabiendas” y “negligencia o ignorancia inexcusable”<sup>3</sup>-, la omisión del deber de perseguir delitos, artículo 359, la deslealtad profesional de abogado o procurador, artículos 360, 361.

El Código penal de 1995 cambia con cierta profundidad la sistemática y el contenido de los tipos antes enumerados<sup>4</sup>. De esta manera se construye sobre un nuevo Título –XIX-

<sup>1</sup> Vid. E. HAVA GARCÍA, “Prevaricación de los funcionarios públicos”, *Tratado de Derecho Penal Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*. Dir. Álvarez García. Valencia, 2013, pág. 119.

<sup>2</sup> Vid., L. MORILLAS CUEVA, “Delitos contra la Administración Pública (I), Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”. En *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*. 2ª ed. Dir. Morillas Cueva, págs. 1109-1110.

<sup>3</sup> Vid., en este sentido y con mayor amplitud: E. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, págs. 353-381.

<sup>4</sup> El nuevo Texto punitivo fragmenta las modalidades de prevaricación, incorporando alguna nueva. De este modo, junto a la prevaricación en estudio, la administrativa en el artículo 404, se manifiesta, acaso la más tradicional y típica de las prevaricaciones la del Juez o Magistrado que dicta, a sabiendas, sentencia o resolución injusta, de los arts. 446 a 449, dentro de los Delitos contra la Administración de Justicia. En el ámbito de la prevaricación de autoridades o funcionarios también existen tipologías diseminadas en otros pasajes del Código penal con parecida naturaleza –artículos. 320, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo; artículo 322, delitos contra el patrimonio histórico; artículo 329, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente–.

con la denominación más amplia pero al mismo tiempo más unitaria y clarificadora de Delitos contra la Administración Pública, con lo que se le da un especial protagonismo protector, en clave de bien jurídico a dicha Administración, alejándose de esta manera, con buen criterio, de la vieja fórmula antes explicitada, con el objetivo, no en todos los casos conseguido, de dar respuestas a las exigencias constitucionales y a la comprensión y proclamación más moderna del Estado social y democrático de Derecho y a la propia Administración Pública, entendida en su desarrollo y estructura como derivación de este. Con tal perspectiva en el ámbito estrictamente penal, lleva a la protección concreta de un bien jurídico que bajo la cobertura genérica de la Administración Pública protege la actividad pública, su correcto desempeño, bajo los principios de imparcialidad y objetividad, en los diferentes servicios y prestaciones a dar a los ciudadanos, bajo las directrices constitucionales. Ciertamente es que cada tipo o grupo de delitos pueden caracterizarse por una concreción determinada del interés tutelado, pero como denominador común está la susodicha correcta prestación de los servicios públicos como garantía del propio Estado democrático y de Derecho.

Dentro de aquellos, agrupados por el legislador en nueve capítulos, integrados por figuras delictivas de diferente naturaleza, y una Disposición común, he de resaltar precisamente el que fija el contenido de ese trabajo, es decir el delito de prevaricación administrativa, al que el nuevo Código presenta con contenidos diferenciados del anterior. De destacar en cuanto a su fundamentación programática lo descrito por las SSTS 600/2014, de 3 de septiembre, y 512/2015, de 1 de julio, cuando afirman que “el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios”. En definitiva, el adecuado sometimiento al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas, como ratifica la STS 284/2009, de 13 de marzo, “el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación y garantiza, al mismo tiempo, en dicho ámbito, el principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho”.

En tal línea, la nueva regulación que así llega a nuestros días, únicamente con puntuales modificaciones de la pena, opta por cambiar, en primer lugar, la propia nominación del capítulo I –ahora prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. Mantiene la única alusión a funcionarios públicos cuando en los tipos del nuevo Texto diferencia entre autoridad o funcionario público, como sujetos activos, y el contenido del delito así como sus acompañantes, actualmente solo, nombramientos ilegales (artículo 405) y aceptación de nombramiento ilegal (406). De destacar dentro del cambio operado en concreto con el delito de prevaricación administrativa, la no continuidad típica del antiguo párrafo segundo del 358, esto es, la prevaricación negligente o por ignorancia inexcusable. Semejante omisión no es baladí, pues pone de manifiesto una posición del legislador marcadamente restrictiva en el ámbito punitivo que sustenta en la única posibilidad de comisión dolosa y que presenta una visión de “despenalización parcial” al contrario de cómo era anteriormente entendida. Ello ha llevado a algún sector de la doctrina a afirmar que se esté o no de acuerdo con dicho planteamiento restrictivo del reiterado delito de prevaricación, este tiene la ventaja de fijar una determinante frontera entre el alcance punitivo del Derecho penal con otros sectores del Ordenamiento jurídico, en especial con el Derecho administrativo, en una, al menos inicial, adscripción de aquel al

principio de intervención mínima al respecto<sup>5</sup>. En tal sentido y sobre un criterio de moderación cautelar entre ambas posiciones se manifiestan Morales Prats-Rodríguez Puerta al indicar que semejante planteamiento no supone “una huida del derecho penal” para dejar el campo abierto a otras disciplinas sino que supone o, al menos así hay que entenderlo, una concreción limitativa de la incriminación punitiva en la idea de fortalecer la seguridad jurídica, lo que, a su vez, no supone dejar al ciudadano “ inerme frente a ilegalidades debidas a conductas imprudentes del funcionario, puesto a extramuros del Derecho penal quedan expeditas otras vías para obtener la revocación del acto administrativo, la indemnización de los posibles perjuicios causados o incluso la sanción disciplinaria del funcionario”. Estoy de acuerdo con semejante interpretación de los citados autores, aunque creo conveniente llevar más allá el alcance de la nueva regulación en su aspecto limitativo y es hacia aquellas conductas que siendo dolosas no tienen la intensidad objetiva o subjetiva suficiente para estimarlas dentro del Derecho penal. Tal idea está en la base redactora del propio precepto, que si bien es muy parecido al anterior, destaca con la incorporación del concepto arbitrio de la resolución: “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”.

Esta última línea es la que va a marcar los parámetros sobre los que ha de caminar este estudio hasta su final. Muy definitoria en la perspectiva que estoy desarrollando se manifiesta la SAP de Castellón 85/2016 de 16 de abril, cuando afirma que “la sanción de la prevaricación 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”. Esta dualidad equilibrada entre protección del bien jurídico protegido y naturaleza de *ultima ratio* del Derecho penal deriva en una destacada toma de posición jurisprudencial, doctrinal e, incluso, legislativa de limitación de la reacción punitiva a las hipótesis más graves, de “sanción de supuestos límite” suficientemente probados y sobre los conceptos referenciales del delito, como son a sabiendas de su injusticia y arbitraria. A ello ha querido reducir nuestro Texto punitivo el alcance del delito de prevaricación y no a convertirlo en una plataforma expansiva sustitutiva de las funciones propias de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, por mucho que desde las más diversas variables se pretenda tender a ello.

Con la ideas anteriormente expuestas a manera de justificada introducción, pretendo a lo largo de las siguientes páginas motivar y asentar científicamente los planteamientos programáticos aquí por mí realizados, en el objetivo de ofrecer una valoración interpretativa actualizada de esta infracción criminal. Para ello además de la doctrina penal al efecto voy a usar la jurisprudencia más reciente y, sobre todo, el Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla de 31 de mayo de 2016, procedimiento de diligencias previas nº 6645/15. Y ello no solo por su relevancia social sino, y sobre todo, porque contiene poliédricas hipótesis tanto de hecho como de derecho sumamente interesantes para la discusión sobre el contenido y alcance del delito de prevaricación.

---

<sup>5</sup> Así, F. MORALES PRATS y MJ. RODRÍGUEZ PUERTA, “De la prevaricación de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos, *Comentarios al Código Penal* Español. Tomo II. Dir. QUINTERO OLIVARES. Navarra, 2016, pág. 1273. E. HAVA GARCÍA, *Prevaricación...cit.*, pág. 121. L. MORILLAS CUEVA, *Delitos...cit.*, pág. 1110.

## II. HECHOS DETERMINANTES Y CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL CONTENIDOS EN EL AUTO DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 6 DE SEVILLA DE 31 DE MAYO DE 2016, PROCEDIMIENTO DE DILIGENCIAS PREVIAS Nº 6645/15.

### 1. *Cuestiones previas.*

Como ya he indicado en el epígrafe anterior, aporte esencial para el desarrollo de este trabajo, desde una perspectiva material y práctica, va a ser, por su especial contenido y relación multiforme con el delito de prevaricación, el Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla de 31 de mayo de 2016, procedimiento de Diligencias Previas nº 6645/15 que, aunque dictado, como es propio de estos Autos en una fase todavía inicial del procedimiento que ha de concluir en la respectiva sentencia merece ser atendido tanto por las diferentes y heterogéneas variables que muestra como por los indicios en los que se fundamenta y la multiplicidad de encausados a los que atiende. Trilogía que, en consecuencia, ha ser desarrollada por tal motivo con cierta profundidad inicial; siendo, por otra parte, consciente del relativismo tanto del Auto como de las conclusiones que de él se puedan sacar en clave judicial, pero que, sin embargo, contiene las suficientes variables para analizar y valorar científicamente el alcance del delito de prevaricación en nuestro Texto punitivo.

Según consta en el propio Auto, presentado en su momento, y en el Juzgado citado, testimonio de actuaciones en los que se narraban unos hechos que podían mostrar características que hacían presumir la posible existencia de una infracción penal, se incoan las correspondientes Diligencias Previas y una vez acordadas “todas las diligencias de investigación indispensables para la determinación de la naturaleza y circunstancias del hecho delictivo, las personas que en el mismo han participado y el órgano competente para su enjuiciamiento, resultando innecesario a tal fin la práctica de nuevas actuaciones instructoras, toda vez que la práctica de aquéllas ha determinado la posible existencia de un delito continuado de prevaricación”. Sobre semejantes reducidos por introductorios antecedentes y con una amplia descripción de Hechos a los que posteriormente aludiré, se fundamenta, en el Razonamiento Jurídico Cuarto, el Auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento abreviado (art. 779. 1.4º de la LECr) en el cumplimiento de una triple función: a) concluye provisionalmente la instrucción de las diligencias previas, por lo que la resolución debería expresar sucintamente la falta de necesidad de practicar otras diligencias adicionales, y únicamente, en el caso de que exista alguna diligencia pendiente solicitada por las partes, debería justificarse expresamente por qué no se estima procedente su práctica; b) acuerda continuar el trámite a través del procedimiento abreviado, por estimar que el hecho constituye un delito de los comprendidos en el art. 757 LECr desestimando implícitamente las otras tres posibilidades como son archivar el procedimiento, declarar falta el hecho o inhibirse en favor de otra jurisdicción competente, de manera que sólo en el caso de que exista pendiente y sin resolver alguna solicitud expresa de archivo, declaración de falta o inhibición, debe razonarse sucintamente por qué no se estima procedente dicha solicitud; c) y, finalmente, con efectos de mera ordenación del proceso, adopta la primera resolución que el ordenamiento prevé para la fase intermedia del procedimiento abreviado (art. 780.1 LECr), esto es, dar inmediato traslado a las partes acusadoras, para que sean éstas las que determinen si solicitan el sobreseimiento o formulan acusación, o bien, excepcionalmente, interesan alguna diligencia complementaria.

En definitiva, sobre semejantes pilares el Auto da por concluida provisionalmente la instrucción de las diligencias previas, acuerda continuar el trámite a través de procedimiento abreviado y da por acordadas y practicadas todas las diligencias esenciales que “permiten llevar a cabo una determinación de hechos y su calificación”. No obstante lo

anterior, señala con la misma base legal y apoyo jurisprudencial, algunas cautelas interpretativas a indicar: a) el art. 779.1.4º de la LECr si bien ordena que la anteriormente citada resolución incluya la determinación de los hechos punibles y la identificación de las personas a la que se le imputan, “no requiere una calificación concreta y específica de aquéllos, lo que supondría prejuzgar o anticipar la que de modo inmediato deben realizar las acusaciones, que son las que tienen atribuida dicha función en el proceso, o condicionar la resolución que ulteriormente procedería adoptar sobre la apertura del juicio oral; b) el reiterado Auto de continuación conforme a las normas del Capítulo 2º del Título que regula el procedimiento abreviado “no es un Auto de formalización de la imputación judicial, ya que la imputación judicial se ha debido de realizar al inicio de la Instrucción en la primera declaración ante el Juez; c) si bien, por otro lado, se han dado por practicadas, como antes se ha expuesto, las diligencias esenciales, se admite, no obstante, que quedan pendientes de recepción documentales y complementos de informes que no resultan precisos para tener por concluida esta fase de instrucción, dejando a salvo su utilidad para la de enjuiciamiento.

Queda, por tanto, de manifiesto, que el momento procedimental que marca el Auto, concluida la fase de instrucción y abierta la intermedia, supone una fundamentada provisionalidad tanto en la calificación jurídica de los hechos –“sin merma de la capacidad de calificación de las acusaciones”- ni de aquellos mismos –“los hechos así descritos de resultar finalmente acreditados podrían ser constitutivos (...)”.

Sobre semejantes premisas paso a continuación de manera lo más sintetizada posible, -objetivizando al máximo su contenido y evitando, en la medida de lo posible, las subjetivas calificaciones previas contenidas en él en su mera narración de hechos-, a contar los hechos que determinan la afirmación de responsabilidad penal contemplada en el Auto, con especial atención a los dirigidos a fundamentar el delito de prevaricación –objetivo esencial de este escrito-, y a la calificación jurídico-penal realizada en el Auto.

## ***2. Mecanismo administrativo aplicado***

Según se deduce del reiterado Auto, entre los años 2000 y 2011 se implantó y mantuvo desde el Gobierno de la Junta de Andalucía y en el área de la Consejería de Empleo un procedimiento que, a través de distintas modalidades, vino en denominarse “procedimiento específico”, cuyo objeto era la disposición de las partidas presupuestarias destinadas a ayudas sociolaborales y a empresas, en una cuantía no determinada –se señala que no inferior a 854.858.243 euros- dirigida a ser distribuidas a través de subvenciones a empresa para financiar el coste de despido colectivo de trabajadores, o de subvenciones a empresas con fines distintos a aquél, o de subvenciones a personas físicas afectadas por un expediente de regulación de empleo.

Sobre este marco factual, y según aquel, semejante procedimiento se caracterizaba por tener como consecuencia y fines los siguientes: a) Eludir la fiscalización previa de la Intervención General de la Junta de Andalucía, la cual es propia de todo procedimiento de subvención; b) Omitir el régimen aplicable en relación a la autoridad competente para la concesión de la subvención; c) Ausencia de bases reguladoras de la subvención, así como de convocatoria pública para su conocimiento por todo interesado en acceder a ella; d) Falta de control del cumplimiento, por parte del solicitante de la subvención, de los presupuestos o condiciones para disfrutar de la ayuda; e) Infracción de los principios de publicidad, concurrencia, objetividad, transparencia, igualdad y no discriminación que es exigible en todo procedimiento de subvención conforme a lo dispuesto por la Ley General de

Subvenciones (5/1983 y 38/2003); f) Ausencia de un control posterior del destino dado a la subvención, vía oportuna justificación por parte del beneficiario.

Esta discutible interpretación causa-efecto, a la que se añade como relevante acompañamiento de las conductas realizadas la afirmación cuanto menos basada en criterios marcadamente subjetivos y generalistas que han de afectar posteriormente a una heterogénea pluralidad de personas con cargos dentro del organigrama de Gobierno de la Junta de Andalucía que “a través de este procedimiento se dio ocasión a que, por motivos ajenos al interés general, se pudiese disponer de aquella cantidad con fines distintos a los propios de las ayudas a empresas y personas, a que se diesen en favor de entidades o personas que no reunían presupuestos para acceder a la misma y a que se pudiesen conceder subvenciones en cuantía improcedente por iguales motivos, todo ello mediante la inclusión en los expedientes de personas ajenas a las empresas afectadas, los denominados intrusos, mediante el abono de comisiones indebidas a terceras personas, las llamadas sobrecomisiones, mediante su asunción por la Administración de obligaciones económicas de las empresas, sin justificación ni criterio, o como mera liberalidad”.

Por otro lado, el propio Auto residencia el mecanismo fundamental de “elusión” en emplear, en la forma que más adelante se verá -Convenio entre Consejería e IFA/IDEA- con más detalle, al Instituto IFA-IDEA, como pagador de las ayudas sociolaborales y a empresas concedidas desde la Consejería de Empleo, al presentar la disposición de fondos como procedente de esta a favor del Instituto y a través de transferencias de financiación, con control de la Intervención General de la Junta de Andalucía, aunque, según el Auto, este se limitaba a la comprobación de la existencia de saldo suficiente dentro del concepto presupuestario específico para tal fin, a la de la emisión de la orden de traspaso hacia IFA-IDEA, y a la de que todo ello se verificase conforme a un calendario de pagos autorizado por la Dirección General de Tesorería.

Tal estructura administrativa, deviene según la descripción de hechos, -sin especiales, a nuestro entender, argumentos indiciarios concluyentes- en una supresión de control sobre la concesión de ayuda o subvención que no se “residenciaba ni en la Consejería que se limitaba a controlar una transferencia de financiación- extraño, pues concedía. Más cuando en el propio Auto se alude al otorgamiento, por vía de hecho, al Director General de Trabajo de la Junta de Andalucía la competencia, sin entrar en este momento a valorar si era su competencia o no-, para acordar sobre la concesión de ayudas y subvenciones- ni en IFA/IDEA, que controlaba una orden de pago de la propia Consejería sin que se examinase en ningún caso el expediente que debía soportar la concesión”. Como dato argumentativo de la señalada ausencia de procedimiento y de posible opacidad se añade la omisión de la obligación de registrar las subvenciones y ayudas en la base de datos establecida al efecto; con la omisión del deber de publicar la concesión en el Diario Oficial de la Comunidad Europea; y con la omisión del de realizar un informe anual sobre las ayudas para su remisión a la Comisión Europea.

### ***3. Estructura temporal***

Tres fases temporales se destacan en el Auto en relación con el procedimiento antes descrito:

1<sup>a</sup>) Inicia, según narración de hechos, el 18 de abril de 2000. “Se comenzó a aplicar el programa 22E a través de una nueva partida, la 440.01 ‘Transferencia al IFA en materia de relaciones laborales’ la cual no existía en el presupuesto de la Consejería de Empleo para ese ejercicio y se creó ex profeso, operando una modificación presupuestaria en virtud de la

cual se redujeron las partidas 472 y 486, denominada ‘Transferencias corrientes a familias e instituciones sin fines de lucro. Acciones que generen empleo’, para transferir fondos a la partida 440.01, de modo que la primera de las partidas de origen experimentó una reducción del 11% y la segunda del 86%”. La utilización de semejante partida 440.01, es calificada por el Auto en cuanto instrumento para el pago de subvenciones como contraria a derecho, al menos con relación a la Ley 8/97, de 23 de diciembre –en una referencia sumamente genérica, sin concreción del articulado donde basar la contrariedad a derecho, de la extensa Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros, en relación con IFA/IDEA-, así como medio de supresión del procedimiento ordinario de concesión y de control previo -se puede deducir, en positivo, con lo que el Auto señala en el párrafo anterior que se trataba de agilizar la generación de empleo y de ayudas en este sentido a las empresas en crisis, no el posterior uso bastardo que se pudo hacer, si es que se hizo-. Tal mecanismo de modificación presupuestaria fue asimismo utilizado el 28 de julio de 2000 y 29 de mayo de 2001 por Acuerdos del Consejo de Gobierno y 7 de mayo de 2001, aprobado por la Consejería de Hacienda, a propuesta del Consejero de Empleo – trámite este último y propuesta seguida igualmente para los Acuerdos del Consejo de Gobierno tal como establecía los artículos 44 y siguientes de la entonces vigente Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía- Por otro lado, la citada Ley otorgaba expresamente a los titulares de las Consejerías, en sus respectivos ámbitos, la competencia para otorgar subvenciones, previa consignación presupuestaria, como sucedió en este caso (artículo 104)-.

2ª) Se comienza, según se data, a partir del 17 de julio 2001, con base al denominado “Convenio Marco de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social”, firmado entre el Consejero de Empleo y el Presidente de IFA. Este Convenio tenía por objeto la prestación de asistencia técnica permanente por parte de IFA-IDEA a la Dirección General de Trabajo, coordinando sus actuaciones y materializando las ayudas, desplegó su eficacia desde su fecha de inicio hasta el 27 de abril de 2010 fecha en la que, como luego se verá, se aprueba el sistema de encomienda de gestión, aunque según el Auto “sólo sirvió como marco para los actos de disposición que se vinieron realizando sobre la partida 440.01 del programa 31L, sin que se diese otra actividad de asesoramiento o coordinación por parte de IFA/IDEA” y “no se sometió a informe ni por la Intervención General de la Junta de Andalucía ni por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y dio amparo a los actos en los que IFA/IDEA operaba como mero pagador a terceros, recibiendo la cantidad correspondiente a cargo de la partida 31L por medio de transferencias de financiación destinadas a la partida 440.01 que pasó a llamarse “Transferencia de Financiación al IFA”.

3ª) Se empieza a partir del año 2010, sobre la base inicial de la Instrucción de la Dirección General de Presupuestos 1/09 de 15 de junio. Se prescindió de la partida 440.01 “transferencia de Financiación a IDEA”, sustituyéndola por las partidas 476.47 “Transferencias corrientes a empresas privadas. Programas sociolaborales. Ayudas sociales” y la 776.47 “Transferencias de Capital a empresas privadas. Programas Sociolaborales. Ayudas sociales”. Tal cambio, según la narración de los hechos, de partida para la disposición del programa 31L no conllevó una modificación del régimen de funcionamiento, “de modo que IFA-IDEA continuó recibiendo los fondos provenientes de esa partida, por cuenta del programa 31L, como si se tratase de transferencia de financiación, a



la par que siguió efectuando los pagos a terceros por cuenta de la Consejería de Empleo, sin sujetar este procedimiento al oportuno control de la Intervención”.

El 27 de abril del mismo año se dicta una Orden por la Consejería de Empleo por la que se formaliza el “Acuerdo de encomienda con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía para la materialización de pagos de ayudas excepcionales y sociolaborales a empresas situadas en Andalucía, con dificultades económicas transitorias”. Deja sin efecto, de modo definitivo, el Convenio marco de 17 de julio de 2001 y se encarga, se encomienda, a IFA/IDEA el pago de las subvenciones concedidas por la Consejería de Empleo. Tal encomienda, además, se acompaña de la consignación de los créditos con destino a las subvenciones en la partida correcta y en la cuantía correspondiente, conforme al programa 31L. Semejante actuación normativa también se objeta en el Auto en el que se asevera que “persistió en el mantenimiento del sistema previo de disposición sobre la partida 31L, con todas las irregularidades ya señaladas, operando como si subsistiese el de transferencia de financiación, hasta el dictado de la Orden de 1 de abril de 2011, por la que se pone fin al ‘procedimiento específico”.

Más que poner fin lo que hace, entiendo, dicha Orden de la Consejería de Empleo de 1 de abril de 2011 por la que se aprueba las bases reguladoras de las ayudas sociolaborales destinadas a trabajadores y trabajadoras afectados por expedientes de reestructuración de empresas, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y efectúa su convocatoria para el año 2011, y asimismo la Orden de la Consejería de Empleo de 27 de abril de 2010 por la que se formaliza acuerdo de encomienda con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía para la materialización referente a los programas sociolaborales y las ayudas sociales excepcionales dependientes de los mismos –en ella el planteamiento es muy semejante, obviamente con los matices vistos de actualización y de parcial cambio del sistema al situar como objeto: a) “Encomendar la ejecución material y técnica de la materialización de pagos de ayudas excepcionales y sociolaborales a empresas situadas en Andalucía, con dificultades económicas transitorias, en aras a evitar el cese de la actividad productiva y, por extensión, sus negativas repercusiones en el empleo facilitando la reestructuración de las mismas y garantizando la correspondiente viabilidad” y como referencia aplicativa: b) “Dado que la gestión para la implantación de medidas sociolaborales aludidas en el preámbulo de esta Orden demanda para su eficacia unos medios personales con un alto grado de especialización, y teniendo en cuenta los objetivos fundamentales de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, resulta aconsejable encomendar la gestión de esta tarea a dicha Agencia, por contar con los medios idóneos para su realización”- es modificar procedimientos anteriores y actualizarlos con aplicación de nuevas normativas, como pueden ser, entre otros, el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, la Ley 5/2009, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2010, Decreto 136/2010, de 13 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, así como el contenidos de algunos de los informes externos que al respecto más adelante se analizarán, y la Proposición no de Ley del Parlamento Andaluz en Pleno 8-11/PNL-000011, “relativa a política de apoyo sociolaboral en Andalucía, mediante la que insta al Ejecutivo a garantizar el mantenimiento de la política de apoyo a los trabajadores y trabajadoras andaluces y a potenciar estas ayudas vinculándolas a medidas de mejora de la empleabilidad y ocupabilidad de la población activa andaluza”; todo ello no parece

irrazonable entenderlo como objetivo primario y predeterminado con anterioridad, aunque de procedimiento diferente, utilizado, salvo prueba en contrario, con la intención de conseguir actuaciones más ágiles, operativas, eficaces y eficientes, dentro del marco normativo existente en cada momento.

#### 4. *Actos*

Para la instauración y mantenimiento de este sistema el Auto estima que fue precisa la ejecución de diversos actos, esenciales algunos y complementarios otros, sin los que no habría sido posible su puesta en marcha y mantenimiento –incluye actos de muy diversa naturaleza, esenciales, complementarios, directos e indirectos, de desigual incidencia en el resultado y realizados por muy heterogéneas personas, autoridades y funcionarios públicos-. En cuatro apartados los diferencia.

1º) Aplicación “de modo indebido” del mecanismo de modificación presupuestaria a los que anteriormente ya se le ha prestado atención, temporal y de contenido. Contabiliza a lo largo del periodo 2000-2010 veintidós modificaciones presupuestarias, de las que dieciséis fueron aprobadas por el Consejo de Gobierno y seis por la Consejería de Economía y Hacienda –en el mismo Auto se afirma que semejantes modificaciones, aprobadas por el Consejo o por la Consejería fueron tramitadas por la Dirección General de Presupuestos, a propuesta de la Consejería de Empleo a través de su Secretaría General Técnica-. Es decir, salvo prueba indiciaria en contrario, que no encuentro, se siguió el procedimiento legal establecido en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, entonces en vigor (fundamentalmente artículos 44 a 48) a lo que hay que unir los informes del Interventor General de la Junta o, en su caso, de las Intervenciones Delegadas-.

2º) Se dice que “(...) Fue necesario llevar a cabo manipulaciones en los presupuestos de la Comunidad y en los de IFA/IDEA. En efecto, durante los ejercicios 2000 y 2001 la partida 440 aparecía desvinculada del programa 22E-31L, situación que se modificó para el ejercicio 2002, para el cual la Ley 14/01 de Presupuestos de la Comunidad Autónoma Andaluza vinculó esta partida de modo directo al programa 31L. Para lograr esa incorrecta vinculación de la partida 440 con el programa 31L se impulsó desde la propia Consejería de Empleo un anteproyecto de presupuestos inadecuado, en el que se valía de esa partida de transferencias de financiación hacia IFA-IDEA para la disposición de cantidades destinadas, en principio, a la concesión de subvenciones y ayudas sociolaborales, de manera que se tramitaban como transferencias de financiación lo que debía tramitarse como expedientes de gasto de subvenciones excepcionales, con postergación de su régimen correcto de control y concesión” –el contenido conclusivo que se desprende del hecho referente, Presupuestos de la Comunidad, es una vez más reiterativo de los relatos anteriores. Destaca, sin embargo, que el propio Auto se refiera a que se trata de Anteproyectos, los que valora, de la Consejería de Empleo remitidos a la Consejería de Hacienda que, junto con los precedentes de las demás Consejerías, elaboró los Anteproyectos globales de Presupuestos correspondientes que pasaron al Consejo de Gobierno para que los aprobara como Proyectos de Ley de Presupuestos, previo estudio y deliberación de la Comisión Delegada de Planificación y Asuntos Económicos, tras lo cual se presentó al Parlamento de Andalucía para su debate y aprobación. En definitiva, salvo indicio sólidos al respecto en contrario, que no ubico, se siguió el procedimiento legal establecido en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, entonces en vigor –artículo 34; 35 del vigente Texto (Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Hacienda

Pública de la Junta de Andalucía). Más cuestionable aún es la repetida afirmación de manipulación presupuestaria pues lo que aprueba el Consejo de Gobierno es un Proyecto, de naturaleza elaborativa, que remite al Parlamento de Andalucía, al menos, dos meses antes de la expiración del Presupuesto corriente, para su examen, enmienda y aprobación (artículo 35 de la LGHPCA, 36 del Texto refundido). Es más, y ya de manera definitiva, el artículo 190 del Estatuto de Autonomía para Andalucía declara expresamente que “Corresponde al Consejo de Gobierno la elaboración y ejecución del presupuesto de la Comunidad Autónoma y al Parlamento su examen, enmienda, aprobación y control”.

3º) Situado el instrumento de transferencia de fondos, no especialmente asumida indiciariamente su ilegalidad procedimental como anteriormente se ha puesto de manifiesto, el Auto se centra en los mecanismos concretos para disponer de aquellos a favor de terceros “de modo que el Instituto operase como pagador a requerimiento de la Dirección General de Trabajo” –se resaltan, según su versión, los dos protagonistas más relevantes de la cuestión-. Para ello, se señalan como medios empleados los Convenios entre la Consejería de Empleo –marcados como Convenios Marco, así el reiterado Convenio de 17 de julio de 2001- y Convenios particulares estos últimos firmados por la Dirección General de Trabajo y el IFA-IDEA “en relación a cada una de las empresas o personas a las que se iba a beneficiar con fondos públicos” y que en términos generales “adolecían de una muy escasa fundamentación, no se sometieron a informe ni por la Intervención General de la Junta de Andalucía ni por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, y en ocasiones se limitaban a señalar la empresa o colectivo beneficiado y la cantidad a recibir”.

Los Convenios una vez firmados eran sometidos, en su caso y por razón de la cuantía a ratificación por el Consejo Rector del Instituto. Las sesiones de dicho Consejo “venían precedidas de la entrega de un orden del día, en el que se hacía referencia a los convenios a ratificar, de los que el presidente o el director del IFA-IDEA daban cuenta en la reuniones del Consejo” –con los datos aportados, parece cumplirse con el procedimiento organizativo y procedimental del Consejo en el que la alusión a sucinta no deja de ser una valoración innecesaria, pues era competencia de los miembros del Órgano señalado, como sucede con cualquier otro órgano colectivo público, poder pedir mayor información para formarse opinión al respecto-. En todo caso, señala el Auto, que a partir de 2003 se estableció el criterio, en los supuestos de ayudas sociolaborales de que el importe debía fijarse en atención a la suma otorgada a cada trabajador y no a la cuantía total concedida por cada empresa, “de modo que desde IFA/IDEA no se tomaba conocimiento ni se realizaba control alguno sobre él, pese a que el pago a tercero se verificaba desde este Instituto y no desde la Dirección General de Trabajo o de la Consejería de Empleo a través de la Consejería de Hacienda” –supone una reiteración de lo anterior pues ya se ha puesto de manifiesto el carácter pagador de IFA/IDEA. Además, incluso aceptando lo precedente que no es el caso, se desarrollan, al menos teóricamente, otros mecanismos de control, por distintos órganos de gestión y control-.

Como consecuencia del susodicho precedente, en el Auto se mantiene la hipótesis de una desconexión que da lugar a una falta de control sobre los fondos públicos destinados a subvenciones o ayudas, “por cuanto la Intervención Delegada de la Junta de Andalucía en la Consejería de Empleo, no controlaba más que una transferencia de financiación, es decir, se limitaba a la comprobación de la existencia de saldo suficiente dentro del concepto presupuestario específico para tal fin, la emisión de la orden de traspaso hacia IFA-IDEA, y que todo ello se verificase conforme a un calendario de pagos autorizado por la Dirección General de Tesorería, sin entrar a supervisar el expediente de subvención o ayuda, pues no se le presentaba como tal el acto de disposición de fondos hacia IFA-IDEA. Por su parte, el Control Financiero Permanente, al que estaba sometido este Instituto, se limitaba a

controlar que la operación estuviese correctamente contabilizada en las cuentas del Instituto, como así era, y que concurriese base para el pago, entendiendo por tal el Convenio particular, sin comprobar el expediente que sustentaba éste, que quedaba en el ámbito de la Dirección General de Trabajo y que, a efectos del Instituto, no era la causa del pago verificado en favor de tercero como ayuda o subvención” – en la propia declaración de hechos se pone de manifiesto la reiteración de controles, aunque “limitados” (Intervención Delegada, Dirección General de Tesorería, Control Financiero Permanente, además de los previos realizados por los órganos de gestión implicados en los procedimientos de concesión, cuyo alcance no deja ser desde mi entendimiento una cuestión de orden administrativo. Otra cosa muy distinta es la utilización concreta, por personas a las cuales se les haya probado su intervención directa en actos de disposición arbitrarios-.

4º) El cuarto y último se refiere a la según el Auto omisión de deberes de vigilancia y, en su caso, los de reacción ante la situación generada, en cuanto la perduración del “sistema” requería que “se dejase de atender a los avisos de irregularidad sobre el sistema y, por ende, que se dejasen de adoptar, se omitiesen, las medidas necesarias, para terminar con él”.

En tal sentido fija prioritariamente el inicio de semejante exigencia de medidas tendentes a poner fin a la práctica instaurada en el año 2000, en el Informe Adicional al informe definitivo de auditoría de cumplimiento del ejercicio 2003, de 25 de julio de 2005, de especial incidencia según el Auto para el delito de malversación. En parecida línea, en septiembre de 2006 “ayudas han carecido de la tramitación que la normativa impone” en marzo de 2007, “financiación a IFA/IDEA para estos pagos no debió realizarse a través de transferencias de financiación, así como que tampoco cabía emplear este instituto como entidad colaboradora a estos efectos”, en octubre 2008 “transferencias de financiación no eran instrumento adecuado para la concesión de ayudas excepcionales”. Junto a los susodichos informes, se alude asimismo a las Auditorías realizadas: primera de ellas, las llevadas a cabo por Price-Waterhouse -2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009- situadas fundamentalmente en la insuficiencia de crédito presupuestario en las cuentas de IFA/IDEA -cabe recordar, en relación al desfase advertido, entre otros de diverso tipo, por la citada Consultoría respecto al ejercicio 2006 y generado, según ella, por la obligaciones contraídas por el Director General de Trabajo “sin crédito suficiente para respaldarlas” que según literalmente consta en el Auto la “Intervención Delegada de la Junta de Andalucía en la Consejería de Empleo, controlaba las transferencias de financiación, es decir, la comprobación de la existencia de saldo suficiente dentro del concepto presupuestario específico para tal fin, la emisión de la orden de traspaso hacia IFA/IDEA, y que todo ello se verificase conforme a un calendario de pagos autorizado por la Dirección General de Tesorería”- y al informe encargado al despacho Garrigues por la propia Dirección General de Trabajo, en relación a la “legalidad” del procedimiento específico, en la que se destaca según el contenido del Auto “la falta de competencia del Director General de Trabajo para la concesión de Ayudas y subvenciones, la ausencia de adecuado expediente de tramitación de las mismas, falta del pertinente control y la infracción de norma comunitaria aplicable a la materia”. Sobre semejantes premisas, escasamente desarrolladas, se reiteran nuevamente los argumentos anteriores ya vistos y comentados.

Si no necesario por sabido, al menos sí prudente en cuanto al significado e incidencia de los hechos narrados, es reiterar lo ya advertido, como hace la jurisprudencia constitucional, seguido fielmente en este trabajo, que “frente a los verdaderos medios de prueba, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente ( artículo 299 LECr), que no constituyen en sí

mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador” ( STC de 22 de abril de 2002, entre otras).

### **5. Calificación jurídico-penal de los hechos**

Para el susodicho Auto, los hechos descritos en él –ejecutados con la intervención de una pluralidad de personas a lo largo del tiempo, “sea participando de manera activa en los mismos, sea omitiendo, de manera absoluta, sus labores de vigilancia-. de resultar finalmente acreditados, podrían ser constitutivos de un delito continuado de prevaricación, conforme a lo dispuesto en los artículos 74 y 404 del Código Penal, en concurso medial del artículo 77 con un delito continuado de malversación del artículo 432.1 y 2 del Código Penal en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, sobre la base genérica de que “todos ellos, concertando sus actuaciones de un modo expreso o tácito, llevaron a cabo todos los actos necesarios para la implantación, mantenimiento y funcionamiento del ‘denominado procedimiento específico’ en cualquiera de sus modalidades anteriormente expuestas”.

Dicha declaración definitiva es discutible ab initio, por su generalidad y falta de concreción que posteriormente tampoco resuelve en bastantes de los casos presentados, dado, por un lado, que la pluralidad de autoridades y funcionarios relacionados en el Auto presenta muy diversas funciones y su ubicación y reparto de competencias dentro del organigrama de Gobierno de la Junta de Andalucía, hace rechazable que se hable de concertación, se supone que “para delinquir” que es el objetivo a demostrar final del Auto; más creíble y razonable, en todo caso, es una distribución de competencias conforme a la normativa vigente en la Junta de Andalucía; otra cosa es el uso que de ello se haga, pero esta es otra cuestión que ha de ser suficiente e indiciariamente demostrada en cada caso concreto. Además de lo dicho, la coordinación material de los supuestos se hace con la referencia a actos necesarios para la implantación, mantenimiento y funcionamiento (...) y no a resoluciones en asunto administrativo conforme prescribe, y más adelante se detallará junto con sus demás elementos, el artículo 404 del Código Penal. En definitiva, y es una muestra más de las diversas tipologías de sujetos intervinientes, se califica de la siguiente manera: 26 autoridades y funcionarios los son exclusivamente por el delito de prevaricación, 17 también por el de malversación y en 24 casos se acuerda el sobreseimiento provisional.

De aquellos, tanto de unos como de otros, describe individualmente los hechos que dan lugar a su respectiva calificación. Dado su número y la naturaleza de este trabajo, dedicado prioritariamente al delito de prevaricación, será de este del que me ocupe tanto con referencia al Auto como en mi análisis interpretativo de dicha figura delictiva y con la referencia personalizada a la primera de las personas que consta en el reiterado Auto, ampliables las consideraciones que en él se hagan a otros de los sujetos en iguales circunstancias en relación a los hechos referenciados por aquél.

En cuanto al delito de prevaricación el Auto trae a colación para su fundamentación jurisprudencial dos bloques diferenciados. El primero, de carácter más general, en atención a lo expuesto por la STS de 30 de junio de 2014 de la que entresaca lo siguiente: “*Los hechos descritos y declarados probados son constitutivos, respecto de los acusados [...], de un delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el artículo 404 de Código Penal,*

*según el cual, la autoridad o funcionario público que a sabiendas de su injusticia dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. 2. Como decíamos en la sentencia STS 18/2014, 23 de enero, con citación de otras muchas, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art 103 CE). Por ello, la sanción de la prevaricación 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. El delito de prevaricación, por otro lado, 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, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona".* No puedo estar más de acuerdo con el contenido de las dos sentencias citadas, tanto en el bien jurídico señalado como en la penalización del delito de prevaricación y su alcance más allá de la mera sustitución de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>6</sup>; aunque, eso sí, recordando nuevamente la exigencia legal y jurisprudencial de respeto al principio de legalidad pero frente a ilegalidades severas y dolosas y respetando al mismo tiempo el principio de última ratio en la intervención del ordenamiento penal. En todo caso, con este acuerdo previo sobre la necesidad del dicho delito, la cuestión ha de derivar en la concreción de los elementos que configuran el delito de prevaricación administrativa en el supuesto a tratar.

El segundo bloque al que atiende el Auto sobre la misma STS pero con la cita expresa de las SSTs 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, que configuran cinco elementos: a) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; b) que sea objetivamente contraria al derecho, es decir, ilegal; c) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; d) que ocasione un resultado materialmente injusto; e) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra de derecho". Asentimiento por mi parte de dicha proclamación programático-dogmática acerca del delito de prevaricación, pero no tanto en el contenido de fondo. En todo caso hay que consolidar la exigencia de ubicar tales requisitos en la concreción de los hechos producidos por las conductas a examinar; en este caso individualizadas en las contenidas en el Auto.

---

<sup>6</sup> L. MORILLAS CUEVA, *Delitos...cit.*, pág. 1110.

### III. EL DELITO DE PREVARICACIÓN: ALCANCE Y FUNDAMENTO

Es necesario señalar nuevamente que este trabajo no pretende ser un estudio pormenorizado e individual de cada uno de los múltiples supuestos y personas a los que se dirige el Auto; por el contrario, atiende a este, y a otras decisiones jurisprudenciales, como referentes materiales para llegar a una interpretación coherente del delito de prevaricación.

Hay que partir de una síntesis de los elementos configuradores de dicho delito, sobre una estructura más simplificada en la que yo mismo participo, a efectos sistemáticos: a) elemento objetivo, dictar por autoridad o funcionario público una resolución arbitraria en asunto administrativo; b) elemento subjetivo, a sabiendas de su injusticia –señalar como cuestión previa que la reforma contenida en la LO 1/2015, no afecta para nada a la redacción del injusto típico, únicamente a la fijación de la pena que antes era de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años y en la actualidad es de de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años. Obviamente hay que referirse a la totalidad de la redacción anterior a julio de 2015-.

En primer lugar es de destacar que se está ante un delito especial propio, que únicamente puede ser cometido por autoridad o funcionario público. En este caso no presenta ninguna problemática porque todos los considerados responsables del delito señalado son autoridades o funcionarios públicos, tal como los interpreta el artículo 24 de nuestro Texto punitivo.

Mucho más complejo es el siguiente requisito, “dictar resolución arbitraria en un asunto administrativo”. Este último definido por la doctrina y jurisprudencia en términos generales de manera pacífica como aquel que incida en la esfera de dicha competencia, es decir, el emitido por autoridad o funcionario público que se halle regulado y sometido al derecho administrativo<sup>7</sup>, es el que menos problema muestra en la aplicativa narrada, pues las referencias que se hacen en los hechos presentan estas características de asuntos administrativos, lo que no significa que tengan suficiencia para construir el delito de prevaricación, como más adelante se concretará. Obviamente no todo actuar de aquellos puede ser calificado como tal sino solo, como se ha dicho, los que realizan en ejercicio de sus funciones administrativas.

Queda, por tanto, como materia nuclear de este escrito, la de “dictar resolución arbitraria” a lo que hay que unir con una lógica interdependencia entre sí que se haga “a sabiendas de su injusticia”. La jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal es reiterativa en varios aspectos previos a su concreción de los que participo en términos generales y que luego han de ser matizados y valorados. El primero de ellos, el sentido equivalente con que entiende utilizados los términos injusticia y arbitrariedad “pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la STS 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución ‘a sabiendas’, se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este

<sup>7</sup> En tal sentido: F. MORALES PRATS y MJ. RODRÍGUEZ PUERTA, *Delitos...cit.*, pág.1275. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Delitos...cit.*, pág. 1114. HAVA GARCÍA, Esther. *Prevaricación...cit.*, págs. 134-136. C. MIR PUIG, “De la prevaricación de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Valencia, 2015, pág. 1385. Asimismo, entre otras muchas, SSTS 340/20123, de 30 de abril. 502/2012 de 8 de junio, 696/2013, de 26 de octubre, 225/2015, de 22 de abril.

resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo ( STS. 443/2008 de 1 de julio)". (STS 225/2015 de 22 de abril).<sup>8</sup>

El segundo, siguiendo en los parámetros restrictivos con que se acoge la interpretación, para mí adecuada en tal sentido, de esta infracción criminal, es la indiscutible afirmación de que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control a la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, "sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria" (SSTS, entre otras, 304/2012, 30 de abril y 225/2015 de 22 de abril), pues, lo contrario, "supondría anular en la práctica la intervención del control de los Tribunales del orden contencioso-administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última 'ratio'. Este principio implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea *imprescindible*. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. *El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho por suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger*" (STS 304/2012, 30 de abril). En ningún caso el Derecho penal puede derivar en un expansionismo injustificado conculcador de los derechos fundamentales que dan cobertura el Estado social y democrático de Derecho, garantista y minimalista en el ámbito punitivo. Y nunca igualmente con pretensión de usarlo para la resolución o creación de conflictos políticos.

El tercero, la invocación que reiteradamente se hace, como no puede ser de otra forma, a la presunción de inocencia, tanto en el momento procedimental del Auto como de sentencia, y a su posible enervación. En tal sentido, la STS 225/2015, de 22 de abril asume que "El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley ( artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo y en su caso, la concreta versión alternativa ofrecida por el acusado por carencia de la necesaria racionalidad".

Dicho lo anterior hay que precisar, dado fundamentalmente el momento donde se sitúa la referencia práctica esencial de este estudio, es decir el Auto reiteradamente citado,

---

<sup>8</sup> En parecido sentido, y entre otros, E. ORTS BERENQUER, *Derecho Penal. Parte Especial*. 5ª ed. Coord. González Cussac, José Luis. Valencia, 2016, pág. 601.



que, al menos en términos generales, el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria siempre que existan indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, de un modo razonable (reiterada y constante doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional– SSTC 133/2014, de 22 de julio, 146/2014, de 22 de septiembre, 126/2011, de 23 de marzo, 109/2009, de 11 de mayo, 133/1995, de 25 de septiembre, 31/1981, de 28 de julio, 174/1985, de 17 de diciembre, entre otras- y Tribunal Supremo –SSTS 811/2012, de 30 de octubre, 225/2015, de 22 de abril, entre otras-).

Incluso aunque es también doctrina jurisprudencial consolidada apreciar que “(...) únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con la ejecución de los medios aportados a tal fin por las partes. Ahora bien, el referido Tribunal también tiene manifestado que esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen”; se admite como excepción “supuestos de prueba preconstituida y de prueba anticipada, siempre que se haya practicado con las necesarias garantías, y siempre que las partes no se hayan limitado a dar por reproducidas tales diligencias, sino que se incorporen al juicio con arreglo a los principios de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad mediante su lectura en dicho acto” (SAP de Córdoba, sección 3ª, de 28 de marzo de 2016), y se cumplan determinados requisitos concretos a los que más adelante se aludirá en aplicación específica a las hipótesis planteadas.

Dictar en el lenguaje gramatical-jurídico, segunda de las acepciones del verbo, significa “dar, expedir, pronunciar leyes”, fallos, preceptos, etc.”. Con referencia a la prevaricación: dar, expedir, pronunciar resolución arbitraria.

La concreción del término resolución desde tal perspectiva penal es relativamente pacífica en la doctrina científica y en la jurisprudencia. Hay cierta coincidencia en definirla como “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 políticos o de gobierno” ( STS 225/2015, de 22 de abril) – en parecido sentido, SSTS 38/98 de 29 de enero , 813/98 de 12 de junio , 943/98 de 10 de julio , 1463/98 de 24 de noviembre , 190/99 de 12 de febrero , 1147/99 de 9 de julio , 460/2002 de 16 de marzo , 647/2002 de 16 de abril , 504/2003 de 2 de abril, 857/2003 de 13 de junio , 927/2003) de 23 de junio , 406/2004 de 31 de marzo, 627/2006 de 8 de junio , 443/2008 de 1 de julio , 866/2008 de 1 de diciembre, 502/2012, de 8 de junio, 411/2013, de 6 de mayo<sup>9</sup>.

Núcleo esencial de la definición mantenida es que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio. Por “decidir” hay que entender “tomar determinación fija y decisiva”. Y en el ámbito de la doctrina administrativa, según las SSTS 939/ 2003, de 27 de

<sup>9</sup> En la doctrina: F. MORALES PRATS y MJ. RODRÍGUEZ PUERTA, *De la prevaricación...cit.*, pág. 1274. L. MORILLAS CUEVA, *Delitos... cit.*, pág. 1112. P. NICOLAS JUMÉNEZ, “Delitos contra la Administración Pública”. En *Derecho Penal. Parte Especial*. Coords. ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR, Granada 2016, pág. 678. M.A. IGLESIAS RÍO, “artículo 4004”, *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo V. Dir. GÓMEZ TOMILLO, Navarra, 2015, pág. 198.

junio, 723/2009 de 1 de julio, 411/2013, de 6 de mayo, “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. Así entendida, la resolución tiene carácter final, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión. La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía”. En definitiva, al margen de la forma que presente la resolución lo fundamental es que esta posea en sí misma un carácter decisorio y un efecto ejecutivo.

Momento es, después de estas afirmaciones conceptuales y jurisprudenciales, preguntarse, en primer lugar, si de las actuaciones de los sujetos narrados como posibles responsables de un delito de prevaricación se dicta realmente en todos los casos una resolución administrativa –se dice, recordemos, en el Razonamiento Jurídico Cuarto del Auto “que, mediante un concierto expreso o tácito, han dictado una pluralidad de resoluciones contrarias a derecho del modo más grosero por su abierta oposición a los procedimientos ordinarios de concesión de ayudas y subvenciones y a los procedimientos de presupuestación (...)”. Generalidad que convierte dicho razonamiento en una especie de “cajón de sastre” donde cabe todo y todos por igual y sin concreción y probación específica. Cierto es el carácter generalista del Auto y la enumeración individualizada de las personas y de los hechos atribuidos a cada uno de ellos, en Hechos narrados en él, pero también lo es que no existe una suficiente relación causa (hechos)-resultados –responsabilidad criminal- para cada uno de ellos, al menos desde mi punto de vista. Eso es lo que voy intentar situar en una valoración sistemática, conceptual y práctica, en atención a los hechos y a las responsabilidades atribuidas, sobre una muestra referencial –imposible para este escrito hacerlo de otra forma, porque, además, no es ese el objetivo a cubrir, en cuanto este trabajo está dirigido en su esencia a la interpretación del delito de prevaricación, eso sí desde un enfoque fundamentalmente práctico- en lo relacionado con Manuel Chaves González (en adelante MCHG), Presidente de la Junta de Andalucía entre el 27 de julio de 1990 y el 7 de abril de 2009, primera de las personas señaladas en el Auto y con posterior -Razonamiento Jurídico Cuarto- calificación por un delito continuado de prevaricación.

Los criterios que, según el Auto, sostienen semejante calificación son que “constatamos que con ello se han vulnerado, de modo primario, criterios como el del ‘servicio prioritario a los intereses generales; el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines’. Basta atender a los mecanismos utilizados para proveer de fondos públicos al ‘procedimiento específico’, la forma de gastar estos fondos, la ausencia de criterio para la fijación de los beneficiarios, de las cuantías concedidas y del control del destino, para concluir que se postergó el servicio de los intereses generales a favor de terceros, que ello se hizo con total oposición a la Ley y al Derecho con una total falta de objetividad”. Mas, nuevamente, parece una declaración que una concreta probación indiciaria. En el caso que nos ocupa no es fácil relacionar muchas de estas afirmaciones con los hechos atribuidos a MCHG. A título de muestra voy a exponer algunas.

En la narración de Hechos, de forma asimismo genérica, se mantiene que, como responsable máximo del Gobierno de la Comunidad, impulsó la implantación de este procedimiento para la distribución de ayudas y subvenciones, conociendo tanto los mecanismos destinados a ello, transferencias y modificaciones presupuestarias, como la falta de procedimiento dotado de las mínimas y elementales garantías para el reparto de ayudas y subvenciones.

Dos matices iniciales: el primero ya planteado, es el de la concertación expresa o tácita. Nada se concreta en los hechos; como no se mantenga, cosa que me parece imposible

y a la que tampoco lógicamente se alude en el Auto, que las reuniones del Consejo de Gobierno fueran las fuentes de los susodichos conciertos expresos o tácitos con la finalidad anteriormente destacada –en la Exposición Razonada del Magistrado Instructor a los efectos de formalización de suplicatorio al Congreso de los Diputados con respecto a los imputados que presentan en la causa la condición de aforados de 24 de junio de 2015<sup>10</sup> se reproduce lo que en su Exposición Razonada remitida a la Sala del TS la Magistrada del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla; en ella asevera, sobre la tesis de que la implantación del nuevo sistema fue una decisión “marcadamente política”, al considerar impensable que un Consejero por sí solo, decida incumplir las competencias exclusivas del Estado, por ende de la Constitución y el Estatuto de Autonomía”, por lo que “estima altamente probable que tanto el Presidente Manuel Chaves González a quien le correspondía fijar las directrices generales del gobierno y asegurar su continuidad, como el Consejero de la Presidencia Gaspar Zarrías Arévalo, entre cuyas competencias estaba la asistencia técnica y política del Presidente, hayan tomado la determinación en connivencia con José Antonio Viera Chacón, al margen de nuestro ordenamiento jurídico, estando claramente implicadas la Consejería de Economía y Hacienda y la de Innovación y Desarrollo”-. No se encuentran, o yo no los descubro, elementos indiciarios suficientemente acreditados y concretos para sustentar semejante y grave afirmación de concertación, asentados, a su vez, como efectos en la relativización de términos tan discutibles como “decisión marcadamente política” -se podría aceptar en un marco positivo de diseñar desde el Gobierno políticas de empleo y de apoyo a las empresas, pero no en el descalificador utilizado en el texto sin definir y probar el significado de marcadamente política en el contexto que se quiere utilizar-, o “impensable” – no hay mayor subjetivismo que cerrar en una, las variables del pensamiento humano pues son tan amplias y diversas que las contradicciones de pensamiento entre unos y otros pueden ser abismales, todas ellas respetables, pero no unánimes y menos en una hipótesis valorativa en la que hay que sustentar las decisiones procedimentales en probar o, al menos, fijar indiciariamente con suficiente credibilidad de los hechos alegados el efecto pretendido y que aquí no cabe llegar a través de ellos ni a la existencia de una “concertación altamente probable”, ni, mucho menos, a una hipotética derivación en alguna de las hipótesis de asociación ilícita desde una perspectiva penal<sup>11</sup>, como más adelante se irá viendo en las concretas valoraciones de hechos y encausados-.

El segundo, que como Presidente del Gobierno impulsó o asumió dichos mecanismos y procedimientos, cuestión que tampoco tiene especial solidez probatoria indiciaria pues no se encuentra en toda la narración de Hechos solventes, hechos, aunque sean indiciarios, de semejante afirmación, que posiblemente pueda ser puesta en contacto con valoraciones de tipo político, política de gobierno, acertada o no, pero que para su entrada en escena penal necesita, como ya he planteado con anterioridad, bastante más, esto es, un plus añadido para llegar a su punición. Lo contrario conduce perturbadoramente a una interpretación excesivamente extensiva del delito de prevaricación alejada de la redacción actual de dicha infracción.

Todo ello, en consecuencia, hay que ponerlo en relación con el propio concepto de resolución antes visto y con las dos hipótesis que según el Auto mantiene la susodicha

---

<sup>10</sup> Págs. 123-124.

<sup>11</sup> Recuérdese que el artículo 515, en su número 1º considera punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: “1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”. Imposible estimar con los datos contenidos en el citado Auto semejante posibilidad, que ni este mismo llega a apreciar. Mucho menos todavía con respecto a los números 2º, 3º y 4º del susodicho artículo 515 -3º, 4º y 5º, de la redacción anterior a la reforma de la LO 1/2015.

aseveración, como son: la aprobación por el Consejo de Gobierno de modificaciones presupuestarias y de proyectos de presupuestos. Antes de entrar en ellos advertir que por aquel se pone nuevamente en relación de causa-efecto el impulso –sin suficiente grado de conclusividad- a dichas aprobaciones.

Empecemos por la alusión a la aprobación del presupuesto. La primera cuestión es que dada la definición pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia del concepto y alcance de resolución no es fácil incluirlo dentro de esta, sobre su criterio director: declaración de voluntad de contenido decisorio. Como en otro apartado de este escrito se ha puesto de manifiesto, recordemos que el artículo 190 del Estatuto de Autonomía para Andalucía ubica competencialmente en el Consejo de Gobierno la elaboración –que no aprobación- y ejecución del presupuesto de la Comunidad Autónoma y en el Parlamento su examen, enmienda, aprobación y control. Difícilmente, entonces, cabe estimar como resolución con carácter decisorio la conducta de un miembro del Consejo de Gobierno –o de todos los demás- que se limita a dar el visto bueno- entiéndase aprobación en clave de Consejo para su posterior tramitación parlamentaria- a la elaboración de un Proyecto de Presupuesto, que aprueba con carácter decisorio el Parlamento que, además, asume estatutariamente el control de dicho Presupuesto.

Por parecidas razones no cabe justificar, como ya ha sido indicado en la narración de actos y hechos, la subjetiva utilización del término manipulación –manipula, según el DRAE, el que interviene con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares. Aquí sucede a la inversa, se elabora una propuesta, donde se incluyen partidas en programas distintos a los anteriores presupuestos pero como opción político-presupuestaria, con la que se podrá estar de acuerdo o no, sin medios arteros, al menos no probados, incluso indiciariamente, en el Auto y de difícil ubicación en unos presupuestos por su propia naturaleza, que, en todo caso, no tienen carácter definitivo ni en consecuencia decisorio y que, además, han de pasar el importante y necesario filtro decisivo del Parlamento en sus niveles de examen, de enmiendas, de aprobación y de control-. Uno, elabora un Proyecto/propuesta; otro decide, aprueba y controla. Complejo, por no decir inadecuado, es que al primero se le pueda atribuir el carácter de resolución decisoria para construir sobre ella el delito de prevaricación.

Antes de entrar en la segunda de las argumentaciones indiciarias del Auto, las modificaciones presupuestarias, que enlazan en parte con las reflexiones anteriores, cabe por orden sistemático valorar las alusiones que con cierta frecuencia se contemplan en aquél, de manera dispersa, como es la omisión de los deberes de vigilancia y, en su caso, los de reacción ante la situación generada, lo que puede llevar a la debatida cuestión de la omisión –comisión por omisión- en el delito de prevaricación.

El carácter activo de los verbos utilizados, fundamentalmente “fijar”, parece dibujar el delito como de acción, con exclusión de las hipótesis omisivas. Es decir, y desde esta inicial perspectiva, no se integrará en el delito la conducta, por ejemplo, del funcionario o autoridad con comportamiento inactivo; esto es que hace todo lo contrario, al no dictar ninguna resolución. Referencia inicial en la doctrina científica de una posición afirmativa a esta cuestión fue la de Octavio de Toledo que planteó dicha posibilidad sobre la inicial advertencia de admitir que es un delito de resultado para lo que es terminante el hecho de aceptar la comisión por omisión sobre el alejamiento de una férrea interpretación gramatical alrededor del verbo dictar con la finalidad de sustentar una acercamiento a la idea de basar tal aceptación en el contexto de la norma que se valore, aquí el delito de prevaricación en este ámbito del ordenamiento jurídico,

en relación con el conjunto de dicho ordenamiento jurídico, con lo que, y sobre tales precisiones, es relevante para semejante interpretación la normativa administrativa para considerarla equivalente a la activa causación del resultado –resolución–, la aparición de este cuando “el sujeto, hubiera podido impedirla cumpliendo su deber jurídico de actuar”<sup>12</sup>. Asimismo, SSTs de 28 de octubre de 1993 –Alcalde que no convoca Pleno del Ayuntamiento para debatir la moción de censura solicitada por número suficiente de Concejales–, 29 de octubre de 1994 –omisión del Concejal consistente en el mantenimiento de una resolución de suspensión en forma contraria a su deber–, 27 de diciembre de 1995 –se afirma expresamente que “si bien es cierto que esta Sala ha sostenido en reiterados precedentes que, en principio, no cabe la comisión por omisión del delito de prevaricación, tal premisa jurisprudencial admite excepciones en los casos especiales en los que era imperativo para el funcionario dictar la resolución y la omisión tiene efectos equivalentes a una denegación”<sup>13</sup>.

La idea negativa de tal contingencia tuvo, como reconoce la última de las sentencias citadas, cierto eco tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En aquella cabe destacar la opinión de González Cussac, crítico con los planteamientos de Octavio de Toledo, que niega la posibilidad de las omisiones a efectos del artículo 404. Con respecto a la omisión propia no parece haber problema alguno, dada la exigencia normativa de su tipificación expresa que en este caso no se da. En la segunda, cuestión que estamos valorando, mantiene que para aceptar la comisión por omisión se han de cumplir, como no puede ser de otro manera, los elementos que requiere el artículo 11 del Código penal y estos según el autor en cita no se dan en el supuesto de la prevaricación: a) porque no es un delito de resultado, por lo que no es posible apreciar la primera exigencia del susodicho artículo 11; b) porque el funcionario no infringe ningún deber jurídico cuando no dicta una resolución que remedie una situación injusta, pues su Estatuto jurídico no le obliga a ello; c) porque tampoco existe una equivalencia entre dictar una resolución y no dictarla –en tal sentido y muy recientemente Orts Berenguer, afirma que “la verdad es que si ha de respetarse el tenor literal de los textos usados por el legislador en la formación de los tipos penales se hace difícil sostener que dictar una resolución es lo mismo que no dictarla”<sup>14</sup>. Además de las tres variables anteriores, González Cussac afronta la posibilidad de la ubicación de esta infracción delictiva en la omisión a través de la vía del silencio administrativo, lo que asimismo niega bajo la explicación de la distinción entre resolución presunta y resolución tácita; pues en aquella “existe una ficción de decisión, justificable para no paralizar la Administración; en cambio la resolución tácita si comporta una decisión. El silencio administrativo, con efectos positivos o negativos, constituye una resolución presunta, esto es, se presupone que la Administración decidirá en un sentido, posibilitando así la continuidad del procedimiento administrativo. Castigar por una resolución presunta, además de inadmisibles en un Derecho Penal actual, sería prácticamente inadmisibles”<sup>15</sup>. En la jurisprudencia, SSTs de 26 de abril de 1994 –“(…) no adoptó entonces nueva resolución, limitándose a un comportamiento pasivo, que ya no encaja en la forma penal

<sup>12</sup> E. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación...cit.*, pág. 401. También: *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Sevilla, 1997, 42 págs.

<sup>13</sup> *Vid.*, en tal sentido: E. IÑIGO CORROZA y E. RUÍZ DE ERENCHU ARTECHE, *Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: Naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*. Barcelona 2007, págs. 197-198.

<sup>14</sup> E. ORTS BERENGUER, *Derecho Penal...cit.*, pág. 601.

<sup>15</sup> J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia, 1997, págs.83 y ss.

descrita por el artículo 358 del Código penal” –actual 404-, 25 de marzo de 1995, 14 de julio de 1995.

Momento clave en el devenir jurisprudencial fue el Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997 que hace una reinterpretación del tipo penal por la que se admite la prevaricación por comisión por omisión a la vista de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en cuanto viene “a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa”<sup>16</sup>.

Semejante doctrina es aplicada, como consecuencia del Acuerdo, por primera vez, por la STS de 2 de julio de 1997 cuando asevera que “puede afirmarse la concurrencia de cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito del prevaricación del que fue acusado el recurrente cuya conducta omisiva, a sabiendas de su injusticia, supone tanto como dictar una resolución arbitraria en asunto administrativo, negando la celebración de un Pleno extraordinario que le venía exigido y de cuyo cumplimiento era garante”. A partir de la citada dualidad, la jurisprudencia mayoritaria se inclina por aceptar la factibilidad de la resolución por omisión “si es imperativo para el funcionario dictar una resolución, su omisión tiene efectos equivalentes a la denegación (comisión por omisión)” (SSTS 19/1999, de 12 de febrero, 65/2002, de 11 de marzo, 647/2002, de 16 de abril, 1093, de 18 de octubre, 65/2002, de 11 de enero, 647/2002, de 16 de abril, 449/2003, de 24 de mayo, 787/2013, de 23 de octubre, 244/2015, de 22 de abril, 374/2015, de 28 de mayo, 512/2015, de 1 de julio). Incluso alguna la incluye en la propia definición de resolución, STS 225/2015, de 22 de abril, “debe 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, siendo factible la resolución por omisión, si es imperativo para el funcionario dictar resolución”.

Obvio es decir que si se admite la hipótesis de comisión por omisión es necesario que se den todos los elementos del citado artículo 11 del Texto punitivo, entre los que cabe destacar, la posición de garante del autor y la equivalencia entre la omisión y la causación de no fácil concreción es esta tipología –como se ha visto y concreta la STS 731/2012, de 25 de septiembre, “la equiparación, en lo que a tipicidad de la prevaricación se refiere, entre la comisión activa y omisiva, se circunscribe a los supuestos en que la omisión imputada resulta jurídicamente equivalente como resolución presunta, a una resolución expresa”.

En tal línea de aceptación se muestra asimismo la doctrina científica mayoritaria, sobre todo a partir de la modificación propiciada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, entre ellas la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque también antes, como he comentado con respecto a Octavio de Toledo. Así, por citar algunos ejemplos, Morales Prats-Rodríguez Puerta<sup>17</sup>,

<sup>16</sup> En tal sentido, *vid.* *Los Acuerdos...cit.*, pág. 198. También: N. MARTÍNEZ FRANCISCO, *Los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo*. Valencia, 2013, pág. 283. Asimismo, STS 1382/2002 de 17 de julio.

<sup>17</sup> F. MORALES PRATS y M.J. RODRÍGUEZ PUERTA, *De la prevaricación...cit.*, pág. 1278-1281.

Hava García<sup>18</sup>, Muñoz Conde<sup>19</sup>. Por mi parte, mantengo también aquí, la posición general restrictiva en relación al delito de prevaricación que se desprende de la política criminal con que el legislador de 1995 planteó esta infracción con la finalidad de restringir al máximo posible la intervención penal al respecto.

Dicho lo anterior, cabe abrir una línea de excepción que admita en contados casos la posibilidad de comisión por omisión en los supuestos en que se den todos y cada uno de los requisitos del artículo 11, tal como anteriormente he expresado, cuestión no sencilla en estas tipologías. Lo que sí queda claro es que semejante posibilidad excepcional no se da en los contenidos desarrollados por el Auto en análisis, pues si ya se encuentran algunas dificultades en aquél, incluso en la concreción de conductas activas, la posibilidad omisiva se hace imposible sobre los hechos indiciarios planteados, por no cumplir los requisitos fijados para la comisión por omisión por el artículo 11 del Código penal. La mejor prueba de ello es que el propio Auto no acoge en concreto semejante posibilidad.

La resolución ha de ser arbitraria. Como se ha adelantado en páginas anteriores tanto doctrina como jurisprudencia plantean una clara convergencia entre la arbitrariedad y la injusticia de la resolución para que se configure el tan citado delito de prevaricación. Así, como he indicado con otras citas, según la STS 225/2015 de 22 de abril “además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución”.

Establecidas dichas premisas, y ahora se desarrollarán con más detenimiento, no cabe duda que ambos conceptos aparecen íntimamente relacionados entre sí, aunque su significado, incluso gramatical –arbitrario: sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón; injusto: no arreglado a justicia y razón- no sea del todo idéntico, el marco en el cual se utilizan propicia, exige, un acercamiento, lo que ha motivado, incluso, voces de innecesidad de uno de los dos. Tanto es así que por doctrina y jurisprudencia se ha venido en denominar “radical arbitrariedad” que se plasma en el componente arbitrario y en la voluntad sabedora de la injusticia de la resolución que se antepone a cualquier otra consideración o razonamiento” (SSTS 340/2012, de 30 de abril). En tal línea es mayoritaria la jurisprudencia que sostiene que “implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener notoriamente la competencia legalmente exigida, bien porque el fondo de la resolución administrativa contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS 727/2000, de 23 de octubre); o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (SSTS 2340/2001, de 10 de diciembre, 76/2002, de 25 de enero, 304/2012 de 30 de abril).

Ahora bien, tal planteamiento ha de ser proclamado, analizado y ejecutado con las restricciones garantistas y programáticas de la función del Derecho penal propia del Estado social y democrático de Derecho, como antes se ha referenciado. De este modo lo reconoce no solo la doctrina científica sino asimismo, con cierta reiteración, la jurisprudencia, cuando alega que “que no es suficiente la mera ilegalidad, la mera

<sup>18</sup> E. HAVA GARCÍA, *Prevaricación...cit.*, págs. 130-132.

<sup>19</sup> F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª ed., Valencia, 2015, págs. 849-850.

contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales de orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última *ratio*. El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo debería utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupa de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretende proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala, al declarar que el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el *ius puniendi* debe constituir la última ratio sancionadora”.

Queda claro, al menos en mi interpretación, que el término prioritariamente referencial en el delito de prevaricación es el de arbitraria, complementado por el de injusta –concepto indeterminado, excesivamente versátil, de difícil concreción técnica, marcadamente subjetivo-. En consecuencia, hay que admitir que la exigencia de arbitraria de la resolución es un *aliud* cualitativamente diferente de la ilegalidad y esta a su vez de la “injusticia”, próxima a los contenidos, y en muchas ocasiones redundante, como se ha dicho, de la arbitrariedad.

Es frecuente que la jurisprudencia defina en tal dirección, generalmente desde una posición interpretativa restrictiva del delito de prevaricación, como ya se ha adelantado. No basta, en consecuencia, con la contradicción con el derecho, para que una acción pueda ser calificada como delictiva en este delito será preciso ese algo más antes indicado, que permite diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal, incluso con aquellas de mayor gravedad como pueden ser incluso las que provoquen la nulidad de pleno derecho de la resolución dictada y es que, como expone la STS 304/2012, 30 de abril, a pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. Con lo que se pone, una vez más de manifiesto el carácter del delito de prevaricación dirigido a situaciones de especial gravedad, debidamente probadas desde las exigencias del derecho penal sustantivo y procesal penal.

Ha sido asidua en la doctrina científica, y a veces utilizado por la jurisprudencia, la separación, para mi superficial, entre teoría subjetiva de la arbitrariedad/injusticia y la objetiva. Por la primera se plantea que el funcionario o autoridad dicta una resolución injusta cuando se aparta de su convicción jurídica –ello lleva a que el determinante es el elemento subjetivo con presencia secundaria del objetivo. Así, no dicta resolución arbitraria/injusta cuando lo hace sobre presupuestos de su convicción jurídica, aunque ello materialmente conculque el derecho vigente; por el contrario, será arbitraria/injusta cuando se separe de su convicción jurídica a pesar de ser adecuada al derecho vigente. Es obvio que esta radical interpretación subjetivista presenta demasiadas carencias que la hace inservible-. La segunda, mayoritaria en España, se manifiesta cuando lesiona el derecho positivo, tanto desde una perspectiva formal como material con “respecto al sistema de



fuentes y de las normas del ordenamiento jurídico de interpretación e integración”.<sup>20</sup> Opción objetiva también discutible, sobre todo en su radicalización conceptual del término injusticia más pensado en este caso para el de ilegalidad. Con objeto de evitar semejante incongruencias se ha acudido a la denominada teoría del incumplimiento del deber de funcionario para hallar el derecho, según la cual, “prevarica el funcionario cuando éste decide guiado por consideraciones extrañas al asunto, es decir, si actúa por *estímulos, móviles o intereses ajenos* al Derecho, al resolver”<sup>21</sup>. A mi entender ambas hipótesis son innecesarias desde el instante que nuestro legislador ha marcado los dos momentos claves del delito, el objetivo base de la tipicidad, por un lado, y el subjetivo –a sabiendas– complementario del anterior pero igualmente esencial en el diseño del delito de prevaricación.

La jurisprudencia se desliza por parecidos parámetros. Así, por ejemplo, como pone de manifiesto la STS 773/2008, de 19 de noviembre, aquella se ha ocupado de la cuestión en numerosos precedentes, estableciendo la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la prevaricación. De esta manera, la jurisprudencia anterior al Código Penal de 1995, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas más puras, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se deriva hacia una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras, asimismo sobre tesis objetivas, resaltan como elemento decisivo de la conducta prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Sobre tal base se afirma que se ejerce arbitrariamente el poder, y por tanto se realiza el tipo objetivo de prevaricación, cuando la autoridad o el funcionario dicta 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 – vuelvo a reiterar el carácter indeterminado del concepto, que parece ir más allá que el de ilegalidad, aunque aquí se presenta más cercano a este–; es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, (SSTS de 23 de mayo de 1998; 4 de diciembre 1998, 766/1999, de 18 mayo, 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución –por no tener su autor competencia legal para dictarla– o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis” (SSTS 727/2000, de 23 de octubre, 226/2006 de 19 de febrero).

En síntesis, la doctrina jurisprudencial, sobre las argumentaciones anteriores que, a veces, se construyen sobre conceptos indeterminados y de difícil valoración interpretativa y por ello necesitados en la práctica juzgadora de definitivas y concluyentes pruebas o de sólidos y demostrados hechos que de manera indiciaria y provisional den lugar a la previsión de responsabilidad criminal de los sujetos narrados, como ocurre en el Auto, pero que han de ser suficientes y decisivos para enervar el principio de presunción de inocencia, parece concretar en dos parámetros fundamentales, íntimamente relacionados, para rellenar el contenido de la arbitrariedad sobre la base de la ilegalidad mezclada, en

<sup>20</sup> En tal sentido, *vid.* C. MIR PUIG, *De la prevaricación...cit.*, pág. 1383.

<sup>21</sup> *Ibid.*

ocasiones confusamente, con la injusticia: la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta -se introduce un nuevo término todavía más indeterminado y alejado de los cánones más relevantes de la interpretación jurídico-penal-, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley –SSTS, entre otras muchas, 2 de abril de 2003, 24 de septiembre de 2002, 627/2006, de 8 de junio, 443/2008, de 1 de junio, 773/2008, de 19 de noviembre, 304/2012, de 22 de abril, 228/2013, de 22 de mayo, 225/2015, de 22 de abril-.

En este último supuesto, ha sido con frecuencia requerida para su inclusión típica con calificativos extremos, tal como he informado anteriormente, como palmaria, patente, evidente, esperpéntica, contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (SSTS 1095/1993, de 10 de mayo, 304/2012, 30 de abril), lo que pone de manifiesto, como no puede ser de otra manera, el especial cuidado de la propia jurisprudencia para la calificación definitiva de la prevaricación administrativa; aunque para su exacta concreción sustantiva hay que tener muy en cuenta los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados (SSTS 647/2002, de 16 de abril, 773/2008, de 19 de noviembre).

Y en el caso que nos ocupa no parece factible admitir que las actuaciones de la mayoría de las personas que se ven encausadas por dicho delito prevaricador y por su exigencia de arbitrariedad e injusticia tengan la suficiente intensidad para estimar que concurren los elementos normativos que configuran el susodicho y reiterado delito de prevaricación, especialmente los de arbitrariedad, injusticia e intencionalidad. Se reitera, por ejemplo, en el Auto, con evidente utilización de semejante hipótesis legalmente establecida para transformarla en un indicio suficiente de presunta autoría y de concertación entre diversos encausados, “que al Presidente MCHG correspondía fijar las directrices generales del Gobierno y su continuidad”. Cierto es que el artículo 10.1 de la Ley de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante LGCA), dentro de las atribuciones inherentes a la Presidencia del Consejo de Gobierno hace alusión expresa de tal aseveración pero no lo es menos que ello no conduce directamente a ningún hecho indiciario, sino todo lo contrario, pues lo que se dice es que marcará las políticas generales a seguir por el Gobierno de manera positiva, ab initio. Es más, el Consejo de Gobierno es el que desarrolla el Programa de Gobierno, de acuerdo con las directrices fijadas por la Presidencia de la Junta de Andalucía (artículo 27. 1) y son los diferentes Consejerías las que, a su vez, desarrollan la acción del Gobierno en el ámbito competencial de dichas personas titulares de las respectivas Consejerías, como integrantes del Consejo de Gobierno, de conformidad con las directrices del Presidente o de la Presidenta de la Junta de Andalucía, o del Consejo de Gobierno (artículo 21.1).

Desde semejante y restrictiva contingencia se puede argumentar y así se hace que tanto el Presidente como el Consejo de Gobierno ante la situación de crisis que soportaban un amplio espectro de empresas y de trabajadores y en especial del poco éxito del sistema operativo en ese momento aplicable de subvenciones excepcionales, optan con la finalidad de dar respuestas a semejante situación angustiosa en empresas y trabajadores por políticas alternativas que generen otras actuaciones más rápidas, viables y eficaces para salvar empleos y empresas, con la consecuencia productiva para la propia estructura social y el interés general; continuidad, por otra parte, de políticas de concertación social que ya habían sido diseñadas y aplicadas con anterioridad basadas en decisiones gubernativas y parlamentarias al respecto. Tal planteamiento general defensivo de los encausados puede

ser compartido o no por Autos y por acusaciones pero como tal no genera ni directa ni indirectamente hechos indiciarios suficientes para fundamentar el delito de prevaricación, como ya ha sido dicho en este trabajo. A tal discutible suficiencia se pretende llegar con una serie de indicios incriminatorios más concretos, con los cuales y en primer lugar hay que separarlos en su afectación a las personas nominadas en ellos.

El primero, reiteradamente explicitado y que junto a la aprobación de los presupuestos, ya comentado y valorado, hace referencia a las diversas modificaciones presupuestarias realizadas al respecto – veintidós en total, seis aprobadas por la Consejería de Economía y Hacienda y dieciséis por el Consejo de Gobierno-. Sobre estas últimas, como ya se ha dicho en otro apartado de este escrito y sobre las propias afirmaciones contenidas en el Auto, las susodichas modificaciones siguen ordenadamente el trámite procedimental, que se entiende además informado por sus respectivos técnicos: tramitación-Dirección General de Presupuestos-, propuesta de tramitación –Consejería de Empleo, a través de la Secretaria General Técnica- propuesta al Consejo –Consejería de Economía y Hacienda-, preparación para Consejo de Gobierno -Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras-, Informes de la Intervención, según lo prescrito en los artículos 19 a 22 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía en aquellas fechas vigente –es más según consta en el Auto, la IGJA, pese a conocer el destino de los fondos dispuestos a través de las modificaciones presupuestarias, las informó favorablemente, incluso después de 2005 -7 de diciembre de 2005, 7 de noviembre de 2006, 27 de noviembre de 2007, 22 de diciembre de 2008, que en este caso fueron cinco y 1 de diciembre de 2009-.

Con tales informes, incluido el positivo de la Intervención General, las reiteradas modificaciones presupuestarias llegan al Consejo de Gobierno, al menos, con una clara apariencia de legalidad procedimental que pueden hacer pensar a los miembros, incluido el Presidente, de dicho Consejo, que no han participado directamente en su elaboración, que son consecuencia de las necesarias políticas diseñadas para salir de la crisis socio-laboral del momento. Más cuando, por ejemplo, las dos primeras que son las que marcan el inicio de la nueva fórmula están dirigidas a paliar en concreto las necesidades presupuestarias de la empresa HAMSA y de la empresa JISA y cabe pensar, al menos, que el conocimiento de la mayoría de los miembros del Consejo de Gobierno, incluido su presidente, era fundado en la políticas generales a seguir y que dichas modificaciones presupuestarias eran consecuencia de aquellas sin entrar en los detalles técnicos y de contenido de las partidas concretas que semejante propuesta modificadora diseñaba en la confianza de que previamente se había tramitado el procedimiento, incluidos los informes, de forma correcta. De tal manera asevera, como criterio general, la STS 797/2015, de 24 de noviembre, que “las autoridades y funcionarios de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, y generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan”.

El segundo es la materialización de las transferencias al IFA a través del Convenio Marco de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía de 17 de julio de 2001, firmado por el Consejero de Empleo y el Viceconsejero asimismo de Empleo a la sazón Presidente del IFA, es decir dentro de la misma Consejería. Sobre este Convenio Marco se firmaron con posterioridad múltiples Convenios específicos o particulares firmados entre el Director General de Trabajo y el IFA /IDEA, que eran los que verdaderamente derivan en una decisión aplicativa en dicha fase de ejecución. Es necesario seguir aquí la misma línea argumental y no parece acoger con suficiente intensidad hechos indiciarios que justifiquen el conocimiento y en consecuencia actuación arbitraria del Presidente de la Junta, de la mayoría de los Consejeros y otros

encausados, al tratarse de un Convenio/Convenios ejecutados y desarrollados por la susodicha Consejería, lo que no quiere decir, por otro lado y sin más, que en esta, en sus responsables, se dieran tales actuaciones delictivas. - la IGJA no comunicó, según el Auto, al interventor Delegado de la Consejería de Empleo el destino que se estaba dando a las transferencias de financiación de la Consejería de Empleo hacia IFA/IDEA, vinculadas al reiterado programa 31L, con lo que este hubiera podido interponer reparo suspensivo a las mismas, conforme al artículo 83 de la Ley General de Hacienda Pública, cuestión suspensiva que tampoco interpuso el Interventor General. Lo que obviamente hubiera provocado necesariamente una modificación o contestación alegatoria del órgano o Autoridad correspondiente; en definitiva, una clarificación de la situación-.

**Tercero**, informes emitidos por la Intervención General o informes de auditoría, realizados por entidades externas, “a manera de avisos de irregularidad sobre el sistema”. El primero y más destacado en el Auto es el Informe adicional al informe definitivo de auditoría de cumplimiento del ejercicio 2003, datado el 25 de julio de 2005, de la Intervención General en el que se ponía de manifiesto, de una forma generalista, el “uso inadecuado de las transferencias de financiación”. Semejante Informe, al margen de la valoración de su contenido –el mismo Interventor General declara en su momento que en parecidas actuaciones se está ante una “controversia contable” y, como se ha narrado, informó favorablemente las modificaciones presupuestarias posteriores-. Con similares características se alude a otros informes de la Intervención General como son: Informes definitivos de Auditoría correspondiente al ejercicio 2004, llevado a cabo con fecha 20 de septiembre de 2006, de Auditoría, correspondiente al ejercicio 2005, realizado con fecha 9 de marzo de 2007, Anexo al Informe definitivo de las cuentas anuales de IDEA del ejercicio 2006 cumplimentado el 3 de octubre de 2008- en este, por ejemplo se dice “este procedimiento administrativo utilizado por la Consejería de Empleo no era el adecuado para financiar la concesión de ayudas excepcionales efectuadas”, lo que pone de manifiesto la ambigüedad de los términos utilizados-. Sobre todos ellos se precisa que según la documentación que sustenta al Auto fueron notificados al Consejero de Innovación, Consejero de Empleo, Consejero de Economía y Hacienda a través de su Viceconsejera y al Director Gerente del IFA/IDEA. La conclusiva afirmación del Auto es que no se hizo nada al respecto.

Se alude, además, a los Informes de auditoría de las cuentas de IFA-IDEA realizados por la entidad Price-Waterhouse de los ejercicios 2003 a 2008, presentado este último en 2009 y el Informe encargado desde la Dirección General de Trabajo al despacho Garrigues en el que, entre otras cuestiones, se señala la falta de competencia del Director General de Trabajo para la concesión de ayudas y subvenciones. Estos informes se hacen sobre IFA-IDEA, focalizados en él y en su Consejo Rector en cuanto a competencias de control y en la Consejería de Empleo: por lo que aparece todavía más distante el conocimiento real y material en cuanto a indicios sólidos de responsabilidad prevaricadora de las personas encausadas ajenas a estas dos partes que son las que firman y desarrollan el Convenio antes citado.

En todo caso en el propio Auto, y aunque en él se señala, como se ha comentado, “que no se tomó medida alguna para enmendar el sistema”, se admite que en lo específico tanto la Consejería como IFA-IDEA hicieron salvedades y rectificaciones al hilo de aquellos. Es más, con referencia al Informe de Garrigues -2009- por Orden de 3 de marzo de 2010, como ya ha sido dicho, se delega la competencia del titular de la Consejería en el titular de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social para la concesión de ayudas socio-laborales de carácter excepcional, con lo que se cumplimenta, entre otras, una de las observaciones de dicho informe. Asimismo y en el ámbito de los Informes de la Intervención

General tampoco es del todo acertado que no se hiciera caso alguno a los contenidos de los informes pues desde la Consejería de Trabajo y de la Consejería de Economía y Hacienda se instrumentaron acciones concretas que respondían a lo mantenido en los Informes. Por ejemplo, entre otras, cabe citar el Acuerdo de 8 de mayo de 2007 del Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda, por el que se aprueba el Programa de Control a realizar en el ejercicio 2007 y siguientes de las empresas de la Junta de Andalucía sometidas a control financiero permanente, y se establecen otras medidas de control financiero, que inciden en la materia que se está tratando o la Instrucción de la Dirección General de Presupuestos 1/2009, de 15 de junio, que tiene ese sentido de mejora y que en ningún caso se puede interpretar, según mi opinión, como un indicio de reconocimiento tácito de ilegalidad de las anteriores actuaciones.

Dos variables entonces: una, la cortedad de hechos indiciarios que con rotundidad demuestran otras intervenciones y sustentan el conocimiento material de dichos Informes, incluida la del propio Presidente del Gobierno Andaluz; otra, la de las personas conocedoras expresas de su contenido y las dudas de ellos sobre su ilegalidad –así, por ejemplo, el propio Interventor General usa en sus declaraciones un terminología poco definitoria del ilícito penal y más próxima al Derecho administrativo, como es la de generar “dificultades prácticas”, “irregularidades contables en las empresas” “procedimiento inadecuado, indebido, inapropiado, irregular”; por lo que es complejo concluir que de éstas se llega directamente a aquél, es decir, a la infracción delictiva, que requiere, como insistentemente se ha puesto de manifiesto la calificación de arbitraria e injusta de las conductas que se quieren encausar y que, además, estén fundamentadas en indicios completamente acreditados con la exigida intensidad para conculcar el bien jurídico protegido por el delito de prevaricación.

Se alude igualmente, a los Programas Anuales de Control de las empresas de la Junta de Andalucía sometidas a control financiero permanente, en íntima relación con todo lo anterior en cuanto a alcance y argumentos dados. El complejo trámite que conllevan dichos Programas de control financiero permanente, el número de empresas sometidas a dicho control –por ejemplo en el Acuerdo al respecto de 8 de mayo de 2007 se incluyen, en el Anexo 1, 22 empresas, entre sociedades Mercantiles y Entidades de Derecho Público, en estas IDEA-, las innumerables actuaciones periódicas exigidas a las empresas, los prolijos y continuos informes de la Intervención General al respecto, las replicas y contra-replicas – en tal sentido, se consignaba que la IGJA, en el plazo de 15 días emitirá informe de actuación en aquellos casos en que los responsables de la gestión controlada no adopten las medidas necesarias para solventar las deficiencias observadas. Asimismo se emitirá informe de actuación cuando se aprecien circunstancias que por su importancia pudieran ocasionar menoscabo de los fondos públicos. Tal informe se remite a la persona titular de la Consejería de Economía y Hacienda para que manifieste su conformidad o disconformidad con el contenido del mismo. En caso de disconformidad, la persona titular de la Consejería de Economía y Hacienda, previo informe de la IGJA, someterá las actuaciones en su caso a la consideración del Consejo de Gobierno para su resolución- hacen que sea preciso poner cierta imaginación para adscribir estos comportamientos a algunas de las personas encausadas, en las que está incluida la del Presidente del Consejo de Gobierno, sobre todo cuando no se ha dado la circunstancia, al menos no está indiciariamente mostrada, de que se hubieran emitido informes de actuación, con intervención del Consejo de Gobierno, por lo que cabe afirmar, como se hace por algunos encausados, el desconocimiento de tal situación. Muestra clara de su insuficiencia para ser estimada como resolución arbitraria para fundamentar la conducta prevaricadora.

Visto todo lo anterior es conveniente hacer una nueva, aunque posiblemente reiterada, reflexión de carácter definitorio. Los datos y valoraciones explicitados se han situado, y ese es el único objetivo de su utilización, en relación con el núcleo esencial normativo del delito de prevaricación y con las personas a las que se les considera como responsables indiciarios de dicho delito. Recuérdese que está integrado por una resolución arbitraria complementada por la de injusta. Como he explicitado, esta, en criterio doctrinal y jurisprudencial, ha de estar amparada por una patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho, o que derive hacia una contradicción patente y grosera de la norma, o que sean resoluciones que desborden en la legalidad de un modo evidente, flagrante, o que supongan una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal, o que evidencien un ejercicio arbitrario del poder, tal y como se ha concretado páginas atrás, y que ahora repito con afán de síntesis sistemática. No es sencillo, en ciertos casos, poco posible, encontrar este nivel de intensidad y acreditación en algunos de los hechos estimados como indiciarios de responsabilidad criminal prevaricadora por el Auto. Porque no se trata, como reiteradamente se ha dicho, en todo caso, de una ilegalidad administrativa sino de ese añadido antijurídico que requieren los elementos del tipo penal del artículo 404, en su interpretación restringida a la que aboca el Texto punitivo. Como señala la STS 225/2015, de 22 de abril, es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito.

Puede desconcertar en este sentido que si los hechos que dan lugar a los indicios de responsabilidad criminal prevaricadora que recoge el Auto hubieran tenido la magnitud exigible y adjetivada de palmaria, patente, evidente, esperpéntica, en cuanto a su injusticia y arbitrariedad, no produjesen, en los diez años que se mantuvo, ninguna actuación vía contencioso-administrativa, ni que fuera investigada, ni detectada por el Parlamento en su cuádruple función de examen, enmienda, aprobación y control a pesar de los mecanismos y personas especializadas con que cuenta para tales fines, salvo prueba en contrario. La conclusión de todo ello es la dificultad de conseguir elementos indiciarios suficientes para transformar lo que en todo caso pudo ser, si es que lo fue, como referencia, una ilegalidad administrativa en un delito de prevaricación. Incluso el propio Auto fluctúa en la adjetivación de las conductas: “Así, fue necesaria la aplicación, de modo indebido, del mecanismo de modificación presupuestaria” (pág. 7); “(...) un anteproyecto de presupuestos inadecuado” (pág. 10); “una vez aprobada, esa inadecuada vinculación” (pág. 11); (...) fuesen objeto de disposición discrecional cuando no arbitraria” (págs. 17 y 18) –mezcla, en esta última, los dos adjetivos sin diferenciar y sin completar el segundo, clave en el delito-.

Además de todo lo expuesto anteriormente, y como ya ha sido comentado, es preciso, como elemento subjetivo del tipo, que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Semejante narración ha de entenderse, por los motivos reiteradamente manifestados en este escrito, en sentido equivalente, lo que significa que cuando el sujeto actúa a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. Ello significa que obra teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Tal afirmación asentada en la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite a un importante sector de la jurisprudencia y a mí mismo excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario o autoridad tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución. Ello conduce a dos importantes conclusiones

interpretativas del delito: a) que en tales hipótesis hay que mirar hacia el ámbito del Derecho disciplinario y del Derecho administrativo-sancionador; b) que se ha de excluir en la realización típica de este delito no solo, y por supuesto, la comisión imprudente sino asimismo la dolosa eventual (SSTS de 19 de octubre de 2000, 624/2003, de 27 de junio, 411/2003, de 6 de mayo, 123/2004, de 21 de octubre, 226//2006, de 16 de febrero<sup>22</sup>.

Como bien exponen las SSTS 152/2015, de 24 de febrero y 797/2015, 24 de noviembre, llegado el caso de una firma de resolución que objetivamente puede parece arbitraria esto no determina, en absoluto, la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, la evidente conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido. Claras conciencias de que tal como se ha valorado, y no parece irrazonable, sino todo lo contrario, el afirmar que en los diversos supuestos anteriormente expuestos, y en concreto en la atención referencial a MCHG, tampoco se da semejante exigencia, con suficiente grado de probabilidad y conclusividad para encausar por el delito de prevaricación. Precisamente, con carácter general y desde el prisma de la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se ha manifestado sobre el delito de prevaricación, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 68/1998 de 30 de marzo, en la que anuló una condena por esta clase de delito al considerar el supremo intérprete de la Constitución que la prueba indiciaria de que se valió el tribunal sentenciador era insuficiente para declarar probado el dolo propio de dicho tipo penal, estimando en amparo que no concurría una mediación lógica suficiente entre los indicios esgrimidos y el resultado alcanzado, mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, con lo que concluye sobre el supuesto por él atendido que “los elementos utilizados por la sala sentenciadora como cauces de inferencia de la culpabilidad de los recurrentes en amparo no evidencian en el presente caso una coherencia lógica y razonable que permita su utilización, como prueba indiciaria y, por tanto, no son suficientes para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia que el art. 24.2 CE reconoce y garantiza a (SSTC, entre otras, muchas de ellas con carácter general, 171/2000, de 26 de junio, 137/2002 de 3 de junio, 189/2003 de 27 de octubre, 267/2005, de 24 de octubre, 137/2007), de 4 de junio, 36/2008, de 25 de febrero, 142/2011 de 26 de septiembre.). También del TEDH – SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, 20 de marzo de 2012, 27 de noviembre de 2012- y del Tribunal Supremo -(STS 930/2008, 18 de diciembre, 773/2014, 28 de octubre).

Para concluir con este estudio es necesario reiterar nuevamente su alcance y ubicación: se ha trabajado en hechos y responsabilidades, en gran medida sobre los datos vertidos en el Auto reiteradamente citado- apoyados, además, en abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, y de las inferencias que en aquellos se hacen, cuyas constatación o respuestas dadas han sido realizadas en la aceptación limitativa de asumirlos a título meramente indiciario y provisorio, sin que sea posible en consecuencia estimarlos como aseveraciones definitivas, fácticamente verificadas y probadas, lo cual únicamente procederá una vez que se sustente el juicio oral. En todo caso, la conclusión más destacada cabe ser situada en la interpretación, que sobre esas bases se hace del delito de prevaricación, basada en los parámetros indicados en el texto y que conducen a una coherente, con la normativa actual, dirección restrictiva con respecto a la legislación anterior al Código penal de 1995. Opción esta que no siempre es así entendida, como se ha mostrado en este escrito, pero que se manifiesta más respetuosa con los principios de intervención mínima del Derecho penal y de seguridad jurídica, tal como está planteada actualmente por nuestro legislador penal. Otra cosa es pretender, sobre

<sup>22</sup> Entre otros: L. MORILLAS CUEVA, *Delitos...cit.*, pág. 1114. M. IGLESIAS RÍO, *Artículo 404 cit.*, pág. 199. A favor de la admisión del dolo eventual: J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito...cit.*, pág. 119. E. ORTS BERENQUER, *Derecho Penal...cit.*, pág. 603.

nuevos criterios político criminales, de tendencia expansionista, ampliar el alcance y contenido del delito de prevaricación administrativa. Esa es otra cuestión a debatir.