

La intervención mínima como argumento para absolver de la comisión de delitos de corrupción: crítica dogmática y político-criminal

Marta Fernández Cabrera

Universidad de Málaga

Abstract

Tradicionalmente en España la corrupción ha sido un problema social de segundo orden tanto para la ciudadanía como para el legislador. Esto se ha reflejado en las escasas cifras de enjuiciamiento y condena por estos delitos. La ausencia de este tipo de datos se puede explicar por diferentes motivos, pero, principalmente, por la existencia de una corriente jurisprudencial que ha empleado determinados argumentos para evitar a toda costa sancionar a este tipo sujetos. Uno de los más empleados por los jueces penales ha sido el de los principios de la intervención mínima, concretamente, el del principio de subsidiariedad o ultima ratio. Así, los tribunales han eximido de responsabilidad a funcionarios criminalmente responsables afirmando la escasa gravedad de la conducta o la suficiencia de las instancias extrapenales para hacer frente de forma eficaz al comportamiento cometido. Sin embargo, tras el periodo de recesión económica, la conciencia sobre la dañosidad que irrogan estos delitos ha aumentado considerablemente, lo que ha dado lugar a que los tribunales hayan empezado a abandonar este razonamiento. Dicho esto, el objetivo del presente trabajo es exponer cómo ha evolucionado este argumento en los últimos años en la doctrina y en la jurisprudencia y apuntar algunos reproches que se le pueden formular desde un punto de vista dogmático y político-criminal.

In Spanien wird die Korruption herkömmlich als ein soziales Problem zweiter Ordnung sowohl für den Gesetzgeber als auch für die Bürger gesehen. Das lässt sich insbesondere an der geringen Anzahl von Strafverfahren bzw. –urteilungen in Korruptionsfälle bestätigen. Zwar lässt sich die niedrige Verfolgungsrate anhand verschiedener Gründe erklären, ist jedoch vor allem Folge einer Vorgehensweise der Rechtsprechung, die sich vorgenommen hat, Verurteilungen zu vermeiden. Ein von den Strafrichtern meist herangezogenes Prinzip ist das ultima ratio-Prinzip bzw. der Subsidiaritätsgrundsatz. Auf dieser Grundlage haben die Gerichte die angeklagten Beamten mit dem Argument der geringen Schwere der Tat und/oder der ausreichenden Wirksamkeit der gegen Korruption agierenden außerstrafrechtlichen Instanzen freigesprochen. Allerdings hat sich das Bewusstsein über den Schaden, der durch solche Straftaten verursacht wird, nach der Phase der wirtschaftlichen Rezession beachtlich erhöht. Dies hat dazu geführt, dass die Gerichte ihrer strengen Auslegung der Korruptionsstrafaten allmählich aufgegeben haben. Vor diesem Hintergrund bezweckt der vorliegende Beitrag zu zeigen, wie sich das Argument der ultima ratio entwickelt hat, sowie seine schwachen dogmatische sowie kriminalpolitische Aspekte zu analysieren.

Traditionally in Spain corruption has been a social problem of the second order for both citizens and legislator. This has been reflected in the low data of prosecution and conviction for these crimes. The absence of this type of data can be explained by different reasons, but mainly by the existence of a jurisprudential stream that used certain arguments to avoid to sanction these individuals. One of the most used by criminal judges has been the principles of minimum intervention, specifically, the principle of subsidiarity or ultima ratio. Using this reasoning, the courts have exempted public officials affirming the low severity of the conduct or the sufficiency of the extra criminal instances to deal effectively with the behavior committed. However, after the period of economic recession, the awareness of the damage inflicted by these crimes has increased considerably, which has led to the courts have begun to abandon this reasoning. Having said that, the objective of this paper is to show how this argument of minimum intervention has evolved and to make a dogmatic and political-criminal criticism.

Titel: Das Prinzip der ultima ratio als Argument für Freisprüche von Korruptionsvorwürfen. Dogmatische und rechtspolitische Kritik.

Title: The principle of minimum intervention as an argument to acquit from corruption offenses. Dogmatic and political-criminal criticism.

Palabras clave: corrupción pública, principio de intervención mínima, principio de subsidiariedad, crisis económica.

Schlüsselwörter: öffentliche Korruption, Das Prinzip des minimalen Intervenierens, Subsidiaritätsgrundsatz, Wirtschaftskrise.

Keywords: public corruption, principle of minimum intervention, principle of subsidiarity, economic crisis.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Algunos argumentos jurisprudenciales habituales empleados por los tribunales para absolver anteriores a la crisis**
 - 2.1 Exigir un perjuicio patrimonial en tipos penales que no incorporan este requisito en su redacción**
 - 2.2 La intención de satisfacer con intereses generales**
 - 2.3 La existencia de dificultades probatorias en torno a ciertos elementos**
- 3. Los principios de la intervención mínima como argumento para absolver de la comisión de delitos de corrupción**
 - 3.1 Los denominados principios de la intervención mínima: fragmentariedad y subsidiariedad**
 - 3.2 La desviación de conductas a instancias extrapenales**
- 4. Críticas**
 - 4.1 Crítica desde un punto de vista dogmático**
 - 4.2 Crítica desde una perspectiva político-criminal**
- 5. El argumento de los principios de la intervención mínima tras la crisis económica**
- 6. Conclusiones**
- 7. Tabla de Jurisprudencia**
- 8. Bibliografía**

1. Introducción

Tradicionalmente en España la corrupción se ha considerado como un problema de escasa relevancia y consustancial a la cultura mediterránea. Durante mucho tiempo el funcionamiento incorrecto de la Administración se estimó como un mal endémico y los casos de corrupción difícilmente salían a la luz o, si salían, raramente causaban impacto en la opinión pública. Este pensamiento generalizado vino a agravarse durante el periodo de bonanza económica generado por la burbuja inmobiliaria, que propició un clima de indiferencia social por parte de la ciudadanía y de los poderes públicos frente al problema. Esto dio lugar a que la persecución de estos delitos y el número condenas fuera más bien escaso.

Hay que señalar que, además de existir una corriente jurisprudencial con una tendencia clara a evitar la condena de este tipo de sujetos, a las numerosas absoluciones también contribuyó la deficiente regulación legal de los delitos contra la Administración pública. Muchos de estos tipos fueron redactados de manera confusa, exigiendo requisitos típicos innecesarios, con penas excesivamente bajas, etc. hasta el punto de que parecían haber sido concebidos para evitar su aplicación¹. Por ello, los delitos contra la Administración han sido tradicionalmente un ejemplo de lo que algunos autores han denominado “Derecho penal del amigo”, cuya característica fundamental es la “transformación del Derecho Penal en un tigre de papel frente sujetos que ocupan posiciones destacadas de la sociedad, sacrificando la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la respuesta penal en aras de sus intereses”². Viene a apoyar la existencia de un tratamiento privilegiado por parte de los poderes públicos el hecho de que los delitos contra la Administración pública han sido durante años los más indultados en términos relativos³.

No obstante, el desinterés hacia el problema ha desaparecido en los últimos años. La corrupción y la situación política se han convertido en un problema social grave a ojos de los españoles según las últimas encuestas del CIS⁴. Este dato resulta curioso porque incluso otros países con mayores datos de victimización, como Italia o Polonia, poseen una tasa menor de percepción del problema⁵. Este pesimismo sociológico no es realista, es decir, no

¹ Cabe destacar la levedad de la pena del delito de prevaricación para la gravedad de la conducta objeto de sanción. Así lo han puesto de manifiesto JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*, 2011, p. 63; ÁLVAREZ GARCÍA, «Lección 1ª. Introducción a los delitos contra la Administración pública», en ÁLVAREZ GARCÍA (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, t 3, 2013, p. 48. También apunta la deficiente técnica legislativa empleada en el delito de tráfico de influencias CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997. Y respecto al delito de Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, afirma POLAINO NAVARRETE “la tipificación diluye los términos de descripción hasta hacer difícilmente comprensible el comportamiento típico y virtualmente impracticable el tipo legal”. POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de Derecho penal Parte Especial*, t 3, 2011, p. 358. En el mismo sentido también SERRANO GÓMEZ, que considera que se trata de un precepto confuso del que se podría haber prescindido, SERRANO GÓMEZ, *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, 2015, p. 682. También se puede traer a colación la confusa redacción del cohecho anterior a 2010, que hacía depender la sanción penal de si era delictiva o no la conducta que se solicita al funcionario. Y, finalmente, otro ejemplo sería el limitado verbo típico (sustraer) tan restrictivo que empleaba el tipo de malversación antes de la reforma de 2015. Sobre las debilidades del anterior delito de malversación vid. SANZ MULAS, «Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales», *RECP*, 2017, pp. 1-35.

² PRIETO DEL PINO, «Aspectos Criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol», en ECHANO BASALDÚA (dir.), *Corrupción y urbanismo. Cuadernos penales José María Lidón*, 2008, pp. 91-122.

³ Así lo revela el estudio de DOVAL PAÍS/BLANCO CORDERO *et al.*, «Las concesiones de indultos en España (2000-2008)», *REIC* (9), 2011, pp. 1-27. Sobre este tratamiento privilegiado por parte de instancias judiciales, legislativas e incluso doctrinales hacia la delincuencia de los poderosos vid. DIEZ RIPOLLÉS, *La política criminal en la encrucijada*, 2015, pp. 14-16.

⁴ Vid. datos del CIS. Disponibles en <http://www.cis.es/cis/opencms/ES/index.html>. Para ver la evolución desde el año 1995 hasta 2016 Vid. TARÍN QUIRÓS, «La medición de la corrupción en España: los datos objetivos», en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, 2016, pp. 67-82.

⁵ Victimización en el sentido de que sus ciudadanos afirmen haber sufrido la solicitud de sobornos por parte de funcionarios públicos para llevar a cabo un servicio público. VILLORIA MENDIETA, «Principales rasgos y características de la corrupción en España», en VILLORIA MENDIETA/ GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, 2016, p.56. Según este autor, España no tiene una

implica que la corrupción real haya aumentado. La percepción es fruto de variables exógenas que nada tienen que ver con los índices de delincuencia real⁶. De hecho, a pesar de lo que pueda parecer, probablemente, la corrupción era mayor en la década de los noventa, donde los controles administrativos eran especialmente deficientes y había una menor conciencia social del problema⁷.

Hay dos factores fundamentales que han incidido en el cambio de sensibilidad social. Por un lado, la crisis económica que comenzó en 2008 e hizo que el gobierno redujera el presupuesto de los servicios públicos (sanidad, educación, etc.). Y por otro, la exposición de los ciudadanos al fenómeno corrupto a través de los medios de comunicación, sobre todo de la prensa escrita. Esta ha creado una opinión pública indignada que, ante los recortes económicos, veía todos los días en las portadas de los dos periódicos más importantes un nuevo escándalo de corrupción⁸. Además, hay que tener en cuenta que esos escándalos han afectado y afectan a instituciones pertenecientes a todos los ámbitos (local, autonómico estatal) a todas las instituciones y a todos los partidos políticos.

La situación de indignación se tradujo en demandas de solución del conflicto de forma rápida y contundente⁹. Para ello, en vez de acometer las necesarias modificaciones preventivas en el ámbito del Derecho administrativo, el legislador acudió una vez más al Derecho penal como respuesta al conflicto social. Por ello, la lucha contra la corrupción pública y privada ha sido uno de los temas protagonistas en las reformas penales de 2010 y 2015¹⁰. Tras ellas se han incorporado al ordenamiento penal nuevos tipos, se han ampliado conductas ya existentes, se han aumentado los plazos de prescripción y las penas de muchos de los delitos contra la Administración pública, etc.¹¹.

tasa de sobornos realmente preocupante (según datos de Transparencia internacional) pero la ciudadanía opina que la corrupción es un problema social grave.

⁶ VILLORIA MENDIETA, «Principales rasgos y características de la corrupción en España», en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, 2016, p.57.

⁷ VILLORIA MENDIETA, «Principales rasgos y características de la corrupción en España», en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, 2016, p. 57.

⁸ Sobre la importancia de la prensa en el aumento de la conciencia social sobre corrupción Vid. PALAU /DAVESA HERAS, «El impacto de la cobertura mediática de la corrupción en la opinión pública española», *Revista española de Investigaciones sociológicas*, (144), 2013, pp. 97-126.

⁹ Muchas de esas demandas se formularon durante el movimiento 15 M o de los indignados, que tuvo lugar raíz de las manifestaciones que se llevaron a cabo en muchas de las ciudades españolas durante el año 2011 como consecuencia de la crisis económica.

¹⁰ A la preferencia del legislador español por el Derecho penal como mecanismo para combatir la corrupción han contribuido también los compromisos internacionales asumidos por España en la materia, a menudo utilizados por el legislador penal injustificadamente. ORTIZ DE URBINA, «Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)», en CORCORY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 387. Hay que señalar que algunas de esas reformas eran claramente necesarias para modernizar y poder aplicar los delitos contra la Administración y otras han tenido un carácter meramente simbólico.

¹¹ Como afirma GÓMEZ RIVERO “pareciera a primera vista dar la impresión de que la creciente preocupación social ha abocado al orden penal a convertirse en el primer guardián no solo de la rectitud administrativa, sino también en los últimos años, de las relaciones en los negocios particulares”. GÓMEZ RIVERO, «Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», *EPC*, (37), 2017, pp. 249-306. En este

No obstante, las reformas legislativas no han sido la única transformación que se ha producido en el ámbito penal como consecuencia de la crisis económica. El aumento de la conciencia social sobre la gravedad de este tipo de conductas se ha vislumbrado también a nivel jurisprudencial. Esto se pone de manifiesto con los datos existentes en la materia. Tras la recesión, los datos indican que ha aumentado considerablemente el número de infracciones penales contra la Administración que han recibido una condena (ver gráfico 1). Este aumento obedece indudablemente a un incremento en la persecución de este tipo de delitos, tal y como indica el aumento de las diligencias preliminares (gráfico 2)¹², pero también a un cambio interpretativo por parte de los tribunales a la hora de aplicar estos tipos. Los jueces, como parte del tejido social que se ha visto afectado por la crisis, han tomado conciencia de la importancia del problema y han empezado a abandonar algunos razonamientos clásicos de absolución.

En definitiva, los recortes sociales, unidos a la denuncia constante de la prensa, han provocado un giro jurisprudencial, especialmente de los delitos cuya consumación no exige un perjuicio económico para el erario público o la obtención de un beneficio de este tipo para el sujeto activo¹³. La hipótesis del trabajo es que la situación de empobrecimiento de la población española como consecuencia de la recesión económica, que ha afectado también a jueces y fiscales, ha dado lugar a que estos hayan emprendido la búsqueda de nuevos argumentos o hayan procedido al desecho de otros con el objetivo de castigar con mayor contundencia las conductas relacionadas con la corrupción¹⁴. Para identificar este giro jurisprudencial la metodología empleada ha sido la de realizar un análisis de las sentencias del TS y de alguna jurisprudencia menor con anterioridad y posterioridad al año 2010¹⁵.

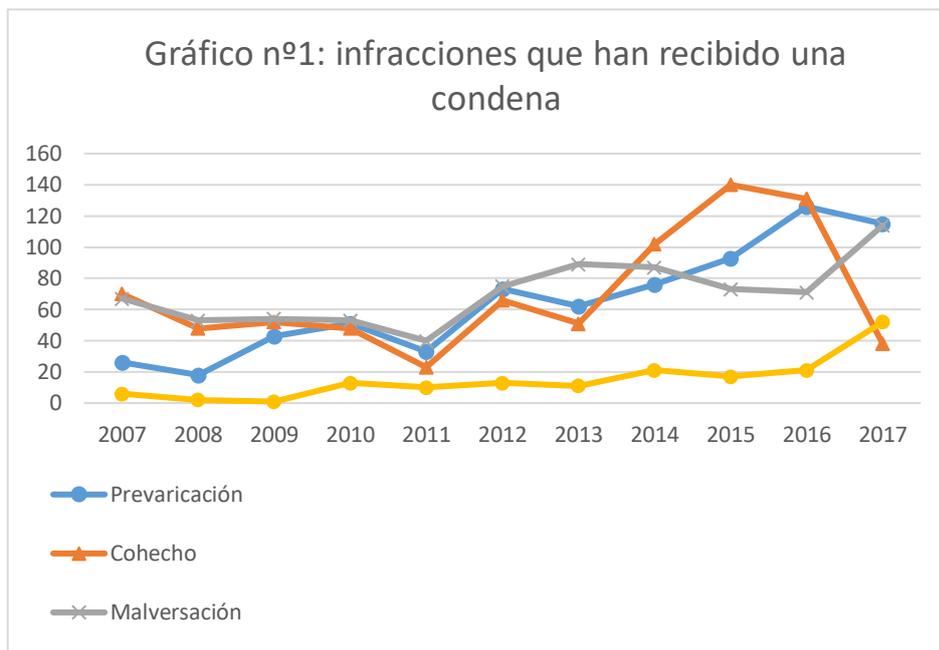
sentido SANZ MULAS, que afirma “con la crisis económica como trasfondo, y las tremendas políticas de austeridad derivadas de ella, el legislador busca dar la impresión de una mayor severidad penal para los servidores públicos que manejan el dinero de todos”. LA MISMA, «Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales», *RECPC*, (19-05), 2017, pp. 1-35.

¹² Señala VILLORIA MENDIETA que “aunque las investigaciones policiales para casos de corrupción no se han incrementado desde la llegada de la crisis últimamente se han dictado más escritos de acusación por parte de los fiscales y han surgido más sentencias que en años precedentes”. VILLORIA MENDIETA, «Principales rasgos y características de la corrupción en España», en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA, (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, 2016, p. 53. No obstante, según datos policiales disponibles en el Anuario del Ministerio del Interior, accesible en su página web <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas>, lo cierto es que los investigados y detenidos por delitos contra la Administración aumentan desde 2012. También aumentan, según datos del servicio general de Instituciones penitenciarias, el número de presos por estos delitos. Estadísticas disponibles en su página web <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/administracionPenitenciaria/estadisticas.html>.

¹³ El cambio de actitud frente a delitos que no exigen la producción de un perjuicio patrimonial se refleja claramente en el gráfico 2, donde se observa claramente que han aumentado más las condenas por el delito de prevaricación que por el delito de malversación.

¹⁴ Más que castigar con más contundencia, en realidad, se ha tratado de no absolver siempre en todo caso.

¹⁵ Aunque hay unanimidad en situar el comienzo de la crisis en el año 2008, lo cierto es que los cambios en la jurisprudencia no se vislumbran hasta el año 2010. En cualquier caso, el hecho de señalar una fecha no significa que esta sea rotunda, es decir, que antes de esta se absolvieran todos los comportamientos típicos usando argumentos ilegítimos y que después se haya condenado siempre desechando estos. Lo único que significa es que a partir de ese momento se puede identificar una tendencia.



Fuente: INE



Fuente: Ministerio fiscal

Dicho esto, en el presente trabajo analizaré cómo ha evolucionado en la jurisprudencia el argumento de los principios de la intervención mínima para absolver de los delitos de corrupción. Este razonamiento, basado en dos de los principios limitadores del Derecho penal con más arraigo doctrinal, encierra una falacia que puede ser objeto de una crítica de

tipo dogmático y otra de tipo político-criminal. No obstante, antes de realizar esta tarea procederé a poner este argumento en su contexto, un contexto de magnanimidad con este tipo de delincuencia en el que habitualmente se han utilizado razonamientos de dudosa legitimidad para absolver de la comisión de estos tipos.

2. Algunos argumentos jurisprudenciales habituales empleados por los tribunales para absolver anteriores a la crisis

2.1 Exigir un perjuicio patrimonial en tipos penales que no incorporan este requisito en su redacción

Durante el periodo previo a la crisis, la jurisprudencia española ha empleado determinados argumentos para absolver de la comisión de delitos contra la Administración pública que pueden considerarse de dudosa legitimidad y que desde 2010 han ido poco a poco desapareciendo o transformándose¹⁶. Uno de ellos ha sido el de exigir la producción de un perjuicio económico incluso en tipos penales que no lo contemplan como requisito típico en su redacción. A modo de ejemplo, en ocasiones, los jueces penales no han condenado a determinados sujetos por la comisión de delitos de negociaciones prohibidas o de prevaricación por no causar el sujeto activo con su conducta un perjuicio para el erario público o por no obtener el funcionario un beneficio de esta clase. Todo ello, sin ser el económico un requisito típico de ninguno de estos preceptos.

Así, la STS 226/2006, de 19 de febrero (RJ 2006\2275), absuelve del delito de prevaricación afirmando que “no consta que el precio pagado fuera distinto al precio real, ni por lo mismo la afectación de los intereses económicos de la Administración local; extremo éste que no lo precisa el relato de hechos probados, ni tampoco lo aclara la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida”. En este mismo sentido se pronuncian también la STS 927/2003, de 23 de junio (RJ 2003\6367), que señala “ningún perjuicio (económico) se causó a los querellantes” o la STS 181/2012, de 5 de marzo (RJ 2012\4065), que expone “tampoco se desprende de los hechos probados que se haya producido ninguna manipulación de los precios”. Por su parte, constituye un buen ejemplo de esta posición jurisprudencial para el delito de negociaciones prohibidas la STS 1887/2002, de 13 de noviembre (RJ 2002\10085), que absuelve al alcalde porque la cantidad reflejada como beneficio del acusado por la negociación, 112.000 pesetas en cinco años, no es relevante de una conducta con la suficiente entidad para justificar la intervención del derecho penal.

¹⁶ Sobre esta evolución Vid. JAREÑO LEAL, «Los delitos contra la Administración y la Contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial», en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, 2016, pp. 517-536; FERNÁNDEZ CABRERA, «Evolución jurisprudencial de los delitos de corrupción: un antes y un después de la crisis económica», en MARCO MARCO/PÉREZ GABALDÓN (coords.), *Radiografiando la democracia.: Un estudio sobre corrupción, buen gobierno y calidad democrática*, 2016, pp. 22-41. Concretamente sobre cómo ha evolucionado la alusión a los principios de insignificancia y adecuación social Vid. GÓMEZ RIVERO, «Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», *EPC*, (37), 2017, pp. 1-58.

Incorporan también de forma indirecta el argumento económico aquellos pronunciamientos que consideran que no se produce una adjudicación ilegal de un contrato público si el sujeto activo cumple con la contraprestación legalmente establecida¹⁷. Es decir, según esta postura una resolución parcial, por ser un contrato adjudicado a un correligionario político o a un familiar, no debería ser objeto de sanción por el delito de prevaricación si el adjudicatario cumple con la contraprestación objeto del contrato. Esta posición ha sido secundada puntualmente por la doctrina, pues hay quien ha considerado criticable la condena por parte del Tribunal Supremo al alcalde de un municipio por haber intervenido en la adjudicación de un contrato de suministros de material informático en favor de la empresa de su esposa “habiéndose probado que la adquisición del citado material informático era necesaria y que el precio de adquisición fue incluso favorable al propio Ayuntamiento”¹⁸.

Esto demuestra claramente que los jueces han menospreciado los efectos negativos de la corrupción que no produce una detracción de fondos públicos. Como revela JAREÑO LEAL, los tribunales han configurado un perfil criminológico del sujeto corrupto que merece una condena por parte del Derecho penal vinculado con aquel que obtiene beneficios de este tipo para sí o para un tercero¹⁹. Sin embargo, como se apuntará en las siguientes líneas, si el Código penal contempla delitos contra la Administración pública que precisamente no exigen dicho requisito es por el hecho de que hay comportamientos corruptos en los que los efectos lesivos que se irroga a la sociedad no se vinculan con dicho quebranto²⁰.

Un buen ejemplo de esta postura jurisprudencial es la que ha mantenido el Tribunal Supremo respecto al delito de negociaciones prohibidas²¹, que, al no poder identificar un efecto lesivo derivado de su comisión, ha reiterado que nos encontramos ante una conducta meramente “ética o estética”. En su sentencia 2208/2001, de 26 de noviembre (RJ 2002\620), señala que “se constata una falta de ética pública en el recurrente que debió abstenerse de intervenir en esa operación...”. También en el mismo sentido apunta la STS 965/1998, de 17

¹⁷ JAREÑO LEAL, «Los delitos contra la Administración y la Contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial», en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, 2016, p. 522.

¹⁸ MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, «Título XIX. De los delitos contra la Administración pública. Capítulo IX. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10ª ed., 2016, p. 1797.

¹⁹ JAREÑO LEAL, «Los delitos contra la Administración y la Contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial», en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, 2016, p. 522. También subyace este argumento en la STS 480/2004 de 7 abril (RJ\2004\2818).

²⁰ Es cierto que las consecuencias negativas derivadas de la lesión de algunos bienes jurídicos colectivos en el ámbito de instituciones u otros delitos socioeconómicos no son tan fáciles de percibir como las de otros atentados contra bienes jurídicos individuales. Para una adecuada interiorización de los mismos se requiere de conocimientos técnicos, información o cultura en ocasiones ajenos a muchos sectores de la sociedad, pues, se trata de tipos delictivos no violentos, complejos y a menudo atenuados por la existencia de una conducta moral adyacente GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral sobre los delitos de cuello blanco*, 2013, pp. 58-60.

²¹ Este tipo penal se encuentra previsto en el artículo 439 y sanciona la conducta de un sujeto que incumple su deber de abstención y emite o informa una resolución favorable a sus propios intereses.

de julio (RJ 1998\5841), “la razón del delito es defender el interés de la Administración pública, más moral que patrimonial...”²².

A pesar de lo que afirman ambos pronunciamientos, los efectos de esas conductas en el sistema social no son puramente morales o éticos. Cuando la Administración otorga un contrato público motivado por intereses privados contrarios a los públicos, esta institución trata de forma desigual a los administrados. Esto se opone frontalmente a las funciones que tiene asignadas la Administración como garante del Estado de Bienestar y como institución orientada a satisfacer necesidades de interés general. Este trato desigual no solo produce una afección al principio de igualdad, que debe regir la función pública, sino que produce efectos negativos de tipo económico, pues supone una pérdida de competencia del procedimiento contractual²³. Una intervención parcial en el ámbito de la contratación pública como la emisión de un informe o una resolución parcial, por ejemplo, coloca al licitador beneficiado en una situación injustamente ventajosa para que le sea adjudicado un contrato público. Es decir, se produce una adulteración del procedimiento de selección del contratista que habitualmente se traduce en una pérdida de eficiencia para la institución pública. La Administración no se beneficiará de la existencia de una rivalidad real entre empresas de un determinado sector que deben competir para ofrecer el mejor servicio al mejor precio. Esto produce un monopolio encubierto, con los perjuicios que ello conlleva²⁴. En un procedimiento administrativo en el que no hay una competencia justa entre los participantes, la Administración no contrata con la mejor empresa, la más capacitada, la que ofrece el mejor servicio al mejor precio, sino con la que suscita un interés privado al sujeto que decide²⁵.

2.2. La intención de satisfacer con intereses generales

Además del económico, otro de los argumentos que han servido para exonerar de responsabilidad a determinados sujetos, especialmente en los delitos de prevaricación y negociaciones prohibidas, ha sido que el sujeto con su conducta pretendía garantizar los intereses generales. Así, en muchas ocasiones, a pesar de cumplir con todos los requisitos establecidos por el tipo penal, los tribunales han absuelto si el sujeto activo pretendía satisfacer con su comportamiento el bien común. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la STS 927/2003, de 23 de junio (RJ 2003\6367), que exonera de responsabilidad al alcalde acusado de prevaricación debido a que “con independencia, de las irregularidades que, desde el punto de vista de la legalidad, pudieran advertirse en su formalización, por haber desconocido determinadas exigencias propias de la contratación administrativa, es lo cierto que el objetivo perseguido con él se hallaba enmarcado en un proyecto más amplio, por lo que contaba con apoyo institucional de la Diputación Provincial de Cádiz, que pretendía

²² También la STS 127/2001, de 15 de febrero (RJ 2001/270) que recoge “no existió en el caso del delito del art. 439 CP, por más que los hechos pudieran ser contrarios a la ética pública, al estar el alcalde interesado en negocios particulares en los que intervino como autoridad municipal”.

²³ GIMENO FELIÚ, «La corrupción en la contratación pública», en CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ (dirs.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, 2016, p. 254.

²⁴ MEDINA ARNÁIZ, «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *La Ley* (7382), 2010, pp.1-20.

²⁵ En sentido similar JAREÑO LEAL, «La corrupción en la contratación pública», en JAREÑO LEAL (coord.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal*, t1, 2014, p. 152.

localizar y motivar a inversores, especialmente procedentes de Estados Unidos, para crear sociedades y realizar proyectos en la provincia de Cádiz.”.

También se ha empleado este argumento en el delito de malversación. Hay una corriente jurisprudencial que no ha sancionado a través de este tipo penal la conducta de determinados individuos que, sin consignación presupuestaria o habilitación legal para ello, destinan una partida a un fin distinto para el que fue concebida aludiendo a la persecución de un dudoso “fin de interés general”²⁶. Así hay sentencias, como la de la Audiencia provincial de Islas Baleares 18/2012, de 19 de marzo (ARP 2012\278), relativa al caso Concurso, que recogen esta argumentación. En dicha sentencia se absuelve por el delito de malversación al ex presidente balear Jaume Matas, que lleva a cabo una artimaña a través de una empresa pantalla para poder remunerar de forma encubierta a la persona que le elabora los discursos, que no podía constar oficialmente por quebrantar una norma de incompatibilidad. El Tribunal considera, con una dudosa argumentación, que en este caso no resulta de aplicación el delito porque los caudales no van destinados a un fin particular, sino a uno de trascendencia pública.

Este razonamiento también ha sido empleado por la doctrina y por los tribunales para otros tipos penales como el cohecho. Así, se ha justificado la adjudicación de un contrato contraviniendo reglas procedimentales básicas y vulnerando el principio de legalidad porque el contratista se comprometía a realizar reparaciones en el ayuntamiento que no están contempladas en el objeto de aquel o se ha justificado la solicitud de un soborno cuando el sujeto público no pretendía beneficiarse a sí mismo, sino que perseguía un supuesto beneficio público. En este sentido, MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTA señalan para el delito de cohecho que “de no resultar beneficiado el funcionario, directa o indirectamente, con las dádivas no estaría, en principio, actuando motivado por intereses ajenos o contrarios a los generales”²⁷. En este sentido, estos autores justifican la absolución de una alcaldesa por parte del Tribunal Supremo en la STS 84/1996, de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996/797) debido a que con las cantidades percibidas ésta sufragó los gastos derivados de la creación de una banda municipal de música, y la reparación de la vivienda del conserje de un colegio público, finalidades, afirman los autores, “que, en ningún caso, cuestionan el principio de imparcialidad y objetividad”²⁸.

²⁶ No obstante, hay que decir que en el caso de la malversación la redacción anterior a 2015 no ayudaba a poder condenar estos supuestos, pues castigada únicamente a “La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, *sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga*”. Aunque lo cierto es que hay quien apunta que ya con la anterior redacción se venía haciendo una interpretación amplia del término sustraer que permitía abarcar conductas encuadrables en el concepto de administración desleal. Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Delitos contra la administración pública», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., 2015, p. 374.

²⁷ MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, «Título XIX. Delitos contra la Administración pública. Capítulo V. Del cohecho», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10ª ed., 2016, p. 1.726.

²⁸ MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, «Título XIX. Delitos contra la Administración pública. Capítulo V. Del cohecho», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10ª ed., 2016, p. 1.726.

Al contrario de lo que manifiesta este sector, la persecución de fines de interés general es incompatible frontalmente con camuflar preferencias personales o tratos de favor o disfavor carentes de justificación²⁹. En el caso de la Audiencia Provincial de Baleares, aunque el sujeto no incorpore los caudales públicos a su patrimonio, difícilmente se puede afirmar que es de interés general vulnerar el procedimiento legal administrativamente establecido para poder abonar los honorarios a quien realiza los discursos al presidente Matas. Como señala JAREÑO LEAL no cabe perseguir intereses colectivos o fines públicos a cualquier precio³⁰. El cumplimiento de supuestos fines de interés general no puede servir como excusa para vulnerar reglas básicas del procedimiento. La postura jurisprudencial expuesta se asienta sobre un concepto erróneo de interés general que da carta blanca a los servidores públicos para no respetar las reglas del juego y los principios procedimentales básicos si “creen estar haciendo lo correcto”. En contra de lo que se deriva de esta posición, el procedimiento administrativo establecido para adjudicar un contrato, una licencia u otro acto administrativo no es un estorbo burocrático o un lastre que el funcionario pueda incumplir en aras de satisfacer con eficacia y rapidez los intereses generales, al contrario, este es en sí mismo un fin de interés general y una garantía de un Estado de Derecho³¹. De hecho, es precisamente la existencia de unos cauces procedimentales lo que convierte una decisión en eficaz, en controlable jurisdiccionalmente, en administrativamente correcta...en definitiva, en justa³².

Esta línea jurisprudencial, que apela al subjetivo interés general como criterio de absolución, ha ido poco a poco modificándose con la aparición de una nueva sensibilidad social respecto a los delitos contra la Administración pública. Desde que la corrupción se ha elevado a categoría de problema social grave, el cumplimiento de intereses generales no constituye un argumento para otorgar contratos o licencias a sujetos vulnerando el procedimiento o los principios informadores del Derecho administrativo. Buen ejemplo de este cambio es la STS 259/2015, de 30 de abril (RJ 2015\1720), en la que se condena por prevaricación a dos autoridades que por supuestas razones de urgencia fraccionan un contrato con la finalidad de acudir al procedimiento de adjudicación directa, que garantiza en menor medida los principios de publicidad y transparencia, que el procedimiento negociado o el abierto. En este caso, señala el Tribunal “la contradicción con el derecho que se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica

²⁹ Aunque el concepto de interés general sea un concepto jurídico indeterminado, que tiene que concretarse en base a criterios legales, lo cierto es que hay una cosa clara respecto a este: la persecución de fines de interés general es incompatible frontalmente con camuflar preferencias personales o tratos de favor o disfavor carentes de justificación. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte General*. 13ª ed., 2017, p. 79.

³⁰ JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*, 2011, p. 41.

³¹ El sometimiento de la actuación de la Administración a un procedimiento legalmente predeterminado es una conquista del Estado de Derecho, una derivación del principio de legalidad. GAMERO CASADO/FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho administrativo*, 14ª ed., 2017, p. 427. En este sentido también se pronuncia la STS 1658/2003 de 4 de diciembre (RJ 2004\1781), en la que se apunta que el procedimiento “tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones”.

³² Las normas relativas al procedimiento “son la mejor garantía de que las decisiones individuales serán también acertadas materialmente” RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, 2016, p. 21.

mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta.”. Por tanto, aunque el fin que persigue el sujeto es de interés general, el tribunal pone de manifiesto que este hecho no justifica el incumplimiento de normas procedimentales básicas. Así, señala que, aunque el objetivo era “laudable”, en este caso homenajear a las víctimas de la guerra civil y de la represión posterior, “no puede en modo alguno obtenerse, comprometiendo fondos públicos a través de un procedimiento fraudulento que prescinda deliberadamente de los cauces legales”.

2.3 La existencia de dificultades probatorias en torno a ciertos elementos

Otro de los argumentos clásicos empleados por los tribunales para absolver es la existencia de dificultades probatorias, sobre todo del elemento subjetivo, consideradas insalvables³³. Un ejemplo en el que se declara que no queda probado el dolo es aquel en el que un alcalde, incumpliendo todo procedimiento legal y vulnerando principios administrativos básicos, adjudica a una empresa un cuantioso contrato para realizar el proyecto de un parque temático que no se llevó a cabo. Así, la STS 927/2003, de 23 de junio (RJ 2003\6367), apunta “no estar acreditado el elemento subjetivo del tipo, es decir, que los acusados obraran a ciencia y conciencia de la arbitrariedad de su actuación”. También señala la STS 1718/2002, de 21 de octubre (RJ 2002/9702), que “falta el elemento subjetivo del tipo de la prevaricación”, esto se debe a que, según esta, el concejal no contó a la hora de tomar la decisión con el asesoramiento legal, ni con órganos técnicos de apoyo necesarios por tratarse de un municipio muy pequeño. Por tanto, afirma “no apareciendo en las actas de sesión advertencia u objeción por el referido Secretario-Interventor, quien ni si quiera puso nota desfavorable en los mandamientos de pago”. A pesar de lo establecido literalmente por la doctrina y la jurisprudencia, lo cierto es que la prueba del dolo no presenta más dificultad en los delitos contra la Administración pública que en otros, especialmente si para aplicar el tipo no se exigen elementos objetivos o subjetivos ajenos a los previstos en el precepto³⁴. Como ha apuntado RODRÍGUEZ MORO, a menudo el problema no es la imposibilidad de probar ciertas conductas, sino la existencia de una corriente jurisprudencial que durante mucho tiempo ha tendido a aferrarse a interpretaciones de los tipos penales lo más restrictivas posibles³⁵.

³³ En este sentido: SAP de Cádiz 418/2015 de 29 de octubre (JUR 2016\83330); SAP de Islas Baleares 317/2014 de ,17 de noviembre, (JUR 2015\68525). En sentido contrario, se pronuncia la STS 372/1998, de 9 de diciembre, (RJ 1998\10329) que reconoce la existencia de dolo “constando que el Alcalde era consciente de la ilicitud de lo que hacía, pues la secretaria del Ayuntamiento le advertía de la irregularidad de las operaciones mediante la fórmula «con reparo» que estampaba en los mandamientos de pago”.

³⁴ Como señala JAREÑO LEAL, “hay que distinguir entre el elemento subjetivo presente en los hechos, por una parte, y la finalidad perseguida con los mismos, por otra (como se hace, en general, en todos los delitos)”. Así, prosigue la autora, “es indiferente que el funcionario busque finalmente su enriquecimiento o que sólo persiga lo que a su juicio son intereses generales”, LA MISMA, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*, 2011, p. 42, pues dichas finalidades son ulteriores y ajenas al dolo y ni si quiera son exigidas por el tipo penal

³⁵ En igual sentido RODRÍGUEZ MORO, «Corrupción pública e intereses económicos de particulares: el «caso Matas». Especial referencia a los delitos de prevaricación administrativa, malversación y Tráfico de influencias», en PUENTE ALBA (coord.), *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*, 2015, p. 187.

En esta misma línea, se puede traer a colación lo que ha acontecido con los errores, sobre todo con el de prohibición, que han prosperado ocasionalmente en este ámbito. Así sucede en el caso expuesto anteriormente, la STS 1718/2002, de 21 de octubre (RJ 2002\9702), que absuelve al alcalde porque nadie le advirtió de la ilegalidad de su conducta, dado que el municipio, por ser pequeño, no contaba con gestores con los suficientes conocimientos técnico-jurídicos para conducir los trámites administrativos³⁶. Sin embargo, los errores, aunque es habitualmente alegado por las defensas, el error de prohibición raramente es apreciado por los tribunales y, menos aún, tras el aumento de la conciencia sobre la importancia del problema de la corrupción. Cada vez es más difícil que prosperen el argumento de que el sujeto desconocía la ilegalidad de su conducta debido a que ignoraba que la contratación debía ser tramitada a través de un determinado procedimiento o que existía una norma administrativa que lo obligaba a abstenerse en situaciones de conflictos de interés, etc. Cualquier persona, y más aún un funcionario público, conoce que no debe mezclar intereses particulares al resolver asuntos públicos³⁷. Menos posibilidad de prosperar tiene el error si el secretario o el interventor advierte a la autoridad de la ilegalidad de su intervención, circunstancia que se produce cada vez más a menudo³⁸.

Aunque la función pública la desempeñan sujetos políticos que, a menudo, carecen de formación jurídico-administrativa, como el alcalde o los concejales, lo cierto es que a estos se les presupone una serie de conocimientos técnicos por el simple hecho de formar parte del organigrama administrativo. Estos conocen la necesidad de consignación presupuestaria de un determinado gasto, la obligación de sacar a concurso público la adjudicación de un servicio u obra, la obligación de abstenerse ante determinados conflictos de interés, etc. Como dice SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, el juez podrá realizar la imputación del dolo basándose simplemente en la existencia de un rol, en este caso, el de alcalde, concejal o funcionario, al que se le presuponen una serie de conocimientos técnicos propios de su rango o nivel jerárquico³⁹. Por ello, sin necesidad de acudir a la advertencia por parte del Secretario, el Tribunal Supremo declara la existencia de dolo en su reciente pronunciamiento 436/2016 de 23 mayo (RJ 2016\2500), señalando que “la pretendida falta de dolo por parte de los recurrentes, debe rechazarse por ser incompatible con las maquinaciones y simulaciones efectuadas” o la STS 189/2008, de 25 de abril (RJ 2008\1855), que señala “es meridiano el deber de abstención del alcalde conocer sobre la resolución administrativa que pueda conceder o denegar una licencia municipal de obras en la que previamente ha sido firmante en concepto de arquitecto privado”⁴⁰. Una prueba de que la jurisprudencia reciente

³⁶ Acepta también un error de prohibición por el hecho de que la secretaria del Ayuntamiento no advirtió de la ilegalidad la STS 189/2008 de 25 de abril (RJ 2008\1855).

³⁷ JAREÑO LEAL, «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», *RECPC*, (20-17), 2018, pp. 1-30.

³⁸ SAP de Cádiz 418/2015 de 29 de octubre (JUR 2016\83330); SAP de Islas Baleares 317/2014 de 17 de noviembre, (JUR 2015\68525); STS 1658/2003 de 4 de diciembre (RJ 2004 \1781); STS 1223/2004 de 21 de octubre (RJ 2004\7165); STS 1343/2003 de 20 de octubre (RJ 2002\7927).

³⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la STS de 15-10-1999 (Sala 2ª)», *Actualidad Jurídica Aranzadi* (415), 1999, pp. 1-6.

⁴⁰ A pesar de lo expuesto, esta sentencia anterior a 2010 acaba absolviendo al alcalde por no considerar la infracción del deber de abstención como una ilegalidad suficiente que justifique la arbitrariedad de la resolución.

no solo ha calificado como dolosa conductas que claramente lo son, sino que ha calificado como dolosas conductas en las que el sujeto se sitúa en una posición de ignorancia deliberada⁴¹.

3. Los principios de la intervención mínima como argumento para absolver de la comisión de delitos de corrupción

No obstante, el argumento estrella de la jurisprudencia para absolver ha sido el de los principios de la intervención mínima, sobre todo el del principio de subsidiariedad o *ultima ratio*. La previsión de mecanismos ajenos al Derecho penal, especialmente en el ámbito del Derecho administrativo, ha justificado la absolución de sujetos a pesar de que la conducta típica cumplía todos los requisitos exigidos por el precepto. Dicho esto, en las siguientes líneas expondré cómo ha sido empleado y cuáles son las críticas que se le pueden formular. No obstante, con carácter previo realizaré algunas aclaraciones sobre su contenido y configuración en la doctrina.

3.1 Los denominados principios de la intervención mínima: fragmentariedad y subsidiariedad

Como afirma PRIETO DEL PINO la doctrina exige de forma unánime que el ejercicio del *ius puniendi* quede limitado por el principio de la intervención mínima, en el sentido de que la actuación punitiva del Estado quede reducida al mínimo indispensable para el mantenimiento de la convivencia. Sin embargo, afirma la autora, “pese a tratarse de un principio esgrimido con gran asiduidad, su papel específico y su contenido carecen de contornos precisos”⁴². Algo que sí parece estar claro es que su introducción en la doctrina española se atribuye unánimemente al profesor MUÑOZ CONDE que, según esta, lo concibe únicamente limitándolo al principio de subsidiariedad⁴³. Sin embargo, lo cierto es que este autor cuando lo formuló también incorporó otros conceptos relacionados con la exclusiva protección de bienes jurídicos, la fragmentariedad e incluso la humanidad y

⁴¹ A mi juicio, acertadamente, pues en realidad estas sentencias sancionan verdaderos supuestos de dolo eventual. Así, la SAP Cáceres 7/2005 de 21 de abril (JUR 2005\110910) en la que el alcalde no respetó las normas más elementales de contratación, pero tampoco cubrió la plaza de secretario, eludió consultar al asesor jurídico; La SAP de Islas Baleares 68/2012, de 16 julio, (ARP 2012\788), en la que el tribunal expone claramente “No podemos asimilar la ignorancia -deliberada- al error, dicho desconocimiento de la Sra. Emilia, que se pretende por la defensa, era consecuencia directa de la inexistencia de control por su parte. El dolo del que, siendo garante y conociendo las circunstancias que lo obligan a actuar, omite hacerlo, no ofrece ninguna duda.”; La SAP Málaga 17/2017, de 20 de enero (ARP 2017\348). No obstante, hay que ser cuidadosos con la aplicación de esta teoría de forma acrítica, pues, como apunta FEIJOO SANCHEZ, bajo su paraguas se están mezclando en la jurisprudencia verdaderos casos de dolo eventual con otros casos que no lo son y que, por tanto, no merecerían esta respuesta. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret. Revista para el análisis del Derecho* (3), 2015, pp.1-29.

⁴² PRIETO DEL PINO, «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad», en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (coord.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, 2016, p. 273. Crítico con este macro principio Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, 2013, p. 143.

⁴³ Así, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., 2016, p.22.

proporcionalidad de las penas⁴⁴. Esto muestra claramente la ausencia de consenso doctrinal respecto a la intervención mínima como concepto.

No obstante, a pesar de las confusiones que se generan en torno a este se pueden distinguir dos líneas doctrinales: la que concibe el principio de subsidiariedad como criterio o *ratio* única de la intervención mínima y aquella que considera que esta abarca tanto el principio de subsidiariedad como el de fragmentariedad⁴⁵. Aunque a efectos del presente trabajo es suficiente con dejar constancia de la existencia de ambas posiciones, lo cierto es que considero más acertada la que concibe la intervención mínima como resultado de ambos juicios: fragmentariedad y subsidiariedad. Aunque son principios con lógicas diferentes existen claras conexiones entre ellos⁴⁶, y solo de la síntesis de ambos se puede llegar a una verdadera limitación de los objetos protegibles⁴⁷.

Ahora bien, aunque son diferentes sus contenidos son dependientes, de forma que el resultado obtenido del de fragmentariedad repercute en el posterior de subsidiariedad, sus postulados no deben ser confundidos⁴⁸. Aunque no es pacífico en la doctrina⁴⁹, el principio de fragmentariedad se asienta sobre el pensamiento de que el Derecho penal debe quedar reservado para prevenir conductas gravemente perjudiciales, lo que se materializa en dos ideas: que el Derecho penal está orientado a la tutela de los presupuestos esenciales para la convivencia social externa y que sus intervenciones quedan limitadas a los ataques más

⁴⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2015, pp. 76 y 77.

⁴⁵ Limitan la intervención mínima únicamente al principio de subsidiariedad SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 246 y 247; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., 2016, p. 22. Consideran que también la intervención mínima abarca la idea de fragmentariedad BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, La Ley, 1999, p. 58; CANCIO MELIÁ, «IV. Intervención mínima y proporcionalidad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho penal*, 2014, p. 97; MARTOS NUÑEZ, «El principio de intervención mínima», *ADPCP*, (1), 1987, pp. 101 ss.

⁴⁶ PRIETO DEL PINO, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, 2004, p. 209. Afirma la autora, “Una cosa es que el resultado que se extraiga de aplicar el baremo de la fragmentariedad repercute en el juicio relativo a la necesidad de la reacción penal y viceversa, y otra muy distinta, es que se mezclen los enunciados de los propios juicios”.

⁴⁷ Esto se debe a que ambos combinan razonamientos éticos, propios de la fragmentariedad con utilitaristas, propios de la subsidiariedad. El principio de fragmentariedad tiene un contenido ético vinculado con la idea de merecimiento de pena, mientras que, por su parte, el principio de subsidiariedad, de carácter utilitarista, se relaciona con la idea de necesidad de pena. Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 291; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p. 336; PRIETO DEL PINO, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, 2004, pp. 209-210.

⁴⁸ De hecho, como revela PRIETO DEL PINO, se tiende a pensar que una conducta muy grave requiere de las medidas más drásticas de las que dispone el ordenamiento jurídico para su represión, pero no siempre es así. La intervención penal puede ser merecida por un determinado comportamiento en atención a su gravedad, pero una medida de otro sector del ordenamiento puede resultar suficiente para combatir la dañosidad social derivada del comportamiento dañoso. LA MISMA, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, 2004, p. 209.

⁴⁹ Como dice HEFENDEHL, no existe en la doctrina un concepto unívoco de fragmentariedad. Vid. ESTE MISMO, «Der fragmentarisches Charakter des Strafrechts», *JA*, (13), 2014, pp. 401 ss. Sobre las diferentes concepciones de este principio en la doctrina y las confusiones entre los juicios de necesidad y merecimiento de pena Vid. PRIETO DEL PINO, «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad», en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (coord.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, 2016, pp. 273-305.

intolerables frente a estos⁵⁰. Por consiguiente, no deben ser sancionados todos los comportamientos que afecten a bienes jurídicos, sino sólo aquellos que por sus características constituyan ataques especialmente trascendentes. De este modo, este presupuesto impide que el Derecho penal regule conductas no suficientemente graves contra bienes jurídicos no esenciales para la convivencia⁵¹.

Por su parte, el segundo principio de la intervención mínima, el principio de subsidiariedad o *ultima ratio*, trata de agotar los mecanismos de control social menos lesivos disponibles tanto fuera como dentro del ordenamiento jurídico antes de recurrir al Derecho penal. Este se asienta sobre la concepción de que el Derecho penal como medio de control social sólo debe intervenir cuando fracasen otros medios de solución social del conflicto⁵². Para ello, trata de dilucidar si para reprimir un comportamiento lesivo se debe recurrir a la “artillería pesada” del ordenamiento jurídico o si, por el contrario, basta con la intervención de otro tipo de medidas ajenas a este sistema que impliquen un coste menor. En este sentido indica MIR PUIG “deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales (por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad”⁵³. Esto implica partir de la premisa de que el Derecho penal no es el único medio de control social dirigido a la evitación de ataques contra objetos valorados socialmente, lo que obliga a que sólo se acuda a este cuando los beneficios en la prevención de dichos ataques superen los costes. Es decir, este principio tiene como objeto la cuestión de cuándo la relación coste-beneficio resulta favorable a la intervención penal⁵⁴.

En resumen, el juicio de fragmentariedad determina, en primer lugar, los límites mínimo y máximo de una hipotética intervención penal, decidiendo si es posible que el Derecho penal entre a castigar en abstracto un determinado comportamiento. Pero para que efectivamente esa intervención penal se materialice será necesario llevar a cabo un juicio posterior, el de subsidiariedad, en el que se compruebe la existencia de otros mecanismos previos y ajenos al

⁵⁰ Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, 2013, pp. 140-141; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 267; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, p. 45 (nm. 97); MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 129.

⁵¹ Otra cuestión más complicada será cómo decidir los ataques que son graves. Un buen punto de referencia puede ser el desvalor de acción y el desvalor de resultado. En este sentido, GÜNTHER expone que desvalor de acción y desvalor de resultado deben ponerse en relación con la relevancia del bien jurídico, pues resulta lógico pensar que cuanto más importante es un bien, menores serán las exigencias que deba cumplir la protección penal del mismo con respecto a su desvalor. Por ejemplo, la “vida”, que se configura como el bien jurídico constitucionalmente más valioso, permite castigos penales por formas de ataque imprudentes, mientras que los ataques contra la propiedad deben exigir ánimo de lucro, dolo, engaño, violencia... GÜNTHER, «Die GeneseeineStraftatbestandes», *JuS*, 1978, Heft 1, pp.13-14.

⁵² ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed, 2006, p. 45.

⁵³ MIR PUIG *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, p. 125.

⁵⁴ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p.337. En igual sentido: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 248; PRIETO DEL PINO, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, 2004, p. 246; RANDO CASERMEIRO, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, 2010, p. 378.

Derecho penal⁵⁵. Por su contenido de justicia, la fragmentariedad cobra un peso mayor y su análisis se ha de llevar a cabo con anterioridad a cualquier juicio de carácter utilitario⁵⁶.

Aunque el contenido del principio de subsidiariedad carece de poca discusión en la doctrina, los problemas se plantean en su aplicación práctica⁵⁷. Su lógica de funcionamiento consiste en un sistema gradual de mecanismos de control social que van desde el individuo, pasando por las asociaciones y grupos o colectivos organizados hasta llegar al Estado, que podrá intervenir a través de medidas puramente preventivas o a través de medidas sancionadoras⁵⁸. De este modo, el medio de control social que ocupa una posición superior deberá inhibirse de actuar para prevenir una conducta a menos que el que ocupa la instancia inmediatamente inferior fracase⁵⁹. No obstante, una medida superior no deberá esperar al absoluto fracaso de otra inferior para intervenir, sino que su activación podrá ser para sustituirla o para reforzarla. Dicho esto, un amplio sector de la doctrina le asigna a este principio una vertiente externa y otra interna; la externa comprueba si existen instancias ajenas al Derecho penal que con un nivel asemejable de éxito puedan evitar estas conductas, como, por ejemplo, medidas educativas, de política social, sanciones civiles, administrativas, etc. Y, por su parte, la interna, tras admitir la necesidad de recurrir a la sanción penal para disuadir una determinada conducta, analiza cual de entre las opciones disponibles arroja un saldo coste-beneficio más favorable⁶⁰. El principal problema con el que nos encontramos para la implementación de este principio es la ausencia de estudios empíricos que precisamente arrojen luz sobre la eficacia del Derecho penal u otros mecanismos de control social⁶¹.

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp.267 nota al pie 369.

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 267; PRIETO DEL PINO, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, 2004, p.209. Sobre las diferentes posiciones doctrinales relativas a la relación entre fragmentariedad y subsidiariedad. Vid. LA MISMA, «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad», en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (coord.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, 2016, pp. 274 y ss.

⁵⁷ Sobre los problemas que suscita la aplicación práctica de este principio Vid. ROBLES PLANAS, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en VON HIRSCH/ SEELMANN/WOHLERS (ed.) edición española ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012.

⁵⁸ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, pp. 341-342.

⁵⁹ Así, el principio de subsidiariedad tiene dos aspectos uno negativo y otro positivo. El negativo, impide al mecanismo superior intervenir si hay otro inferior que realiza la protección del bien jurídico con un determinado grado de éxito. Por su parte, el positivo, obliga al superior a intervenir en caso de que se constate el fracaso del anterior. KAUFMANN, «Subsidiarität prinzip und Strafrecht», *FS. Für Heinrich Henkel, zum 70. Geburtstag am 12. Sept 1973, Herausg. Von Claus Roxin in Verbindung mit Hans-Jürgen Bruns und Herbert Jäger*, pp. 91 - 92.

⁶⁰ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 247; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p. 339; PRIETO DEL PINO, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, 2004, pp. 246-247. RANDO CASERMEIRO, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, 2010, pp. 378-379, que incluye en la vertiente interna el Derecho administrativo sancionador.

⁶¹ Crítico con esta situación ORTIZ DE URBINA, «Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)», en CORCORY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 391. Recientemente ha abordado el problema de si funcionan la estrategias de prevención de la corrupción a través de un estudio empírico FERNÁNDEZ CASTEJÓN, «¿Incumplen las Administraciones Públicas? Hacia la prevención de la corrupción pública mediante la

En cualquier caso, un aspecto que a menudo se pasa por alto es que antes de entrar a comparar la eficacia de dos medidas, sean de carácter sancionador o no, hay que comprobar con carácter previo si la medida de control que se pretende someter a comparación “funciona en la práctica”⁶², es decir, si es eficaz para cumplir los objetivos que se ha propuesto⁶³. Por muy eficaz que a priori se considere un medio de control social, incluso el Derecho penal, no se podrá afirmar la necesidad de acudir a otra medida más severa de forma automática si no se lleva a cabo antes un análisis sobre su idoneidad. Así, se podrá afirmar que un instrumento es inútil cuando no permita alcanzar el fin propuesto, mostrándose ineficaz, pues sólo aquellas medidas que permitan alcanzar el objetivo marcado pueden ser consideradas para su posterior comparación⁶⁴. Teniendo en cuenta que el Derecho penal es uno más de los medios de control social su grado de éxito se medirá en base al grado de cumplimiento de los fines de la pena, en especial el de prevención a través de la disuasión de comportamientos lesivos para el bien jurídico⁶⁵.

Otro aspecto importante a tener en cuenta respecto a la aplicación práctica del principio es que el análisis de subsidiariedad debe realizarse sobre un sistema social real y no sobre un modelo ideal⁶⁶. Como expone FEIJOO SÁNCHEZ “no se puede definir lo que es el Derecho penal mínimo con independencia de la sociedad en la que el Derecho penal tiene que

evaluación del cumplimiento normativo en materia de transparencia de las corporaciones locales», *International journal of criminal sciences*, (12), 2018, pp.1-30.

⁶² En este sentido RANDO CASERMEIRO, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, 2010, p. 374.

⁶³ Es decir, si cumple con el “principio de idoneidad del medio”. Consideran la idoneidad del medio como un presupuesto del principio de subsidiariedad, un requisito de la proporcionalidad en sentido estricto, (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*). GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*, 1973, pp. 180-181; TIEDEMANN, *Tabestandfunktionen im Nebenstrafrecht, Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tabestandbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, 1969, p. 144. Siguiendo a ambos autores PRIETO DEL PINO, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, 2004, p. 248.

⁶⁴ Como señala LUZÓN PEÑA: “el Derecho penal sólo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz y adecuado para la prevención del delito y, por tanto, hay que renunciar a su intervención cuando sea político –criminalmente inoperante, ineficaz, inadecuado o incluso contraproducente”. LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., 2016, p. 25. En el mismo sentido, PRIETO DEL PINO, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, 2004, p. 263. Lo que RANDO CASERMEIRO denomina “verificar si el sistema funciona en medida razonable” Vid. RANDO CASERMEIRO, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, 2010, p. 372.

⁶⁵ Lo que no significa que a través de la imposición de una pena no se puedan perseguir otros fines. Para que la disuasión funcione, ROBINSON exige que se den tres factores; que el delincuente potencial conozca y entienda directa o indirectamente las implicaciones que para él tiene la norma que pretende influirle, que haga uso de su conocimiento en el momento de adoptar una decisión y que haga un análisis coste-beneficios cuyo saldo le sea favorable a optar por el cumplimiento de la ley. Esto exige la existencia de una regla conocida, un sujeto racional capaz de calcular costes-beneficios y una sanción suficientemente severa, pero sobre todo certera, que intimide al sujeto. Y, aunque Robinson afirma que no todos los delincuentes son capaces de realizar este análisis de coste-beneficio, si se cumple en los delincuentes de cuello blanco, que son el mejor ejemplo de delincuente como *homoeconomicus*. ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal. A quien debe sancionarse y en qué medida*, 2012, p. 54.

⁶⁶ Pues de lo contrario, podríamos incurrir en el error de afirmar que muchos tipos penales dispuestos en los ordenamientos latinos son innecesarios debido a que otros ordenamientos penales extranjeros, como el alemán, carecen de una regulación penal de los mismos. Sin embargo, si Alemania no recurre al Derecho penal para evitar determinadas conductas penales es porque tiene mecanismos administrativos eficaces que operan con anterioridad. Sin embargo, no es este el caso español a día de hoy.

cumplir sus funciones”, pues las necesidades son diferentes en cada orden social⁶⁷. Esto implica, entre otras cosas, como apunta WOHLERS, que las medidas alternativas al Derecho penal no deben estar disponibles “solamente en teoría, sino que se han de mostrar efectivamente como «suficientes»⁶⁸”. De nada sirve que legislativamente estén previstas determinadas medidas preventivas si son inaplicadas o inútiles en la práctica. Afrontar la tarea desde una óptica realista implica también que para considerar que el Derecho penal u otro medio de control fracasa o tiene éxito en la prevención de determinadas conductas dañosas hay que atender a las razones del fracaso o éxito, averiguando si obedece a motivos coyunturales (como la falta de medios, la ausencia de voluntad política, interpretaciones judiciales restrictivas...) que pueden ser eliminados con relativa facilidad o si, por el contrario, se trata de impedimentos materiales intrínsecos al medio de control social analizado e imposibles de superar⁶⁹.

Expuesto brevemente los conceptos de subsidiariedad y fragmentariedad, en las siguientes líneas trataré de explicar en qué ha consistido el argumento de la intervención mínima, que ha servido para desviar la conducta enjuiciada a otras instancias de control, absolviendo en el Derecho penal.

3.2 La desviación de conductas a instancias extrapenales

Los tribunales penales han empleado el argumento del respeto a los principios de la intervención mínima para absolver a sujetos de la comisión de determinados delitos de corrupción en dos sentidos. Por un lado, la existencia de mecanismos de control en el ámbito del Derecho administrativo encaminados a anular los efectos dañosos de una decisión ilegal, como las excepciones de nulidad y anulabilidad, han servido a los jueces penales para considerar que la sanción penal del comportamiento típico es innecesaria. Es decir, para un sector jurisprudencial la mera existencia de dispositivos encaminados a devolver el estado de cosas a la situación original ofrecería un control social integral ante comportamientos dañosos en sede de la Administración pública. Y, por otro, los tribunales han estimado que es contrario a los principios de intervención mínima y, en concreto, contrario al principio de subsidiariedad o *ultima ratio* la sanción penal de un comportamiento cuando la conducta

⁶⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, «Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (coord.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*, 2006, p.152.

⁶⁸ WOHLERS, «Derecho penal como *ultima ratio* ¿Principio fundamental del Derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido expresivo propio?», en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS ed. española ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la función del castigo*, 2012, p. 111. En igual sentido PRIETO DEL PINO, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, 2004, p. 274, que considera que la virtud del principio de subsidiariedad consiste en adecuar la decisión que se adopte al estado de cosas existente y a las necesidades concretas.

⁶⁹ CORCOY BIDASOLO, «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», *RDF*, (8), 2012, pp. 46-76. En un sentido similar ORITZ DE URBINA, que considera que si se parte de un modelo de Derecho penal como preventivo hay que comprobar si estos efectos se están produciendo “Y en caso de que la respuesta sea negativa, debe indagar si ello se debe a dificultades resolubles o más bien a problemas estructurales de difícil o imposible solución. De no hacerlo, la presunta justificación preventiva se convierte en una tapadera para otro tipo de justificaciones (...)” ORITZ DE URBINA, «Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 391.

podría ser castigada a través de un régimen sancionador ajeno al Derecho penal y recogido en el Derecho administrativo, como por ejemplo, el Derecho disciplinario. En definitiva, los jueces penales a menudo han evitado sancionar penalmente cuando los mecanismos administrativos han demostrado ser suficientes, tanto en su vertiente restauradora como sancionadora.

a) La nulidad o anulabilidad del acto administrativo como mecanismo suficiente

La doctrina reitera que no podrá ser considerada arbitraria una resolución “cuando pueda ser revisada y sus nocivas consecuencias modificadas en vía de recurso administrativo”, evitando así que se acuda a la *ultima ratio* como medio para sancionar conductas que deben quedar en la jurisdicción administrativa⁷⁰. Por su parte, los jueces penales han apuntado, como en la STS 1068/2004, de 29 de septiembre (RJ 2004\6059), que “el principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación administrativa, no contra meras irregularidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden contencioso-administrativo”. En este mismo sentido se dirige la STS 727/2000, de 23 octubre (RJ 2000\9963), que recoge “el control de legalidad de los actos de la Administración corresponde básicamente a la jurisdicción contencioso-administrativa y no tendría sentido, desde la conceptualización del Derecho penal como *ultima ratio*, una sistemática criminalización de los actos administrativos que no fuesen adecuados a derecho o implicasen desviación de poder”.

Donde más se ha dado este argumento es en el ámbito del delito de prevaricación en el que la STS 1658/2003, de 4 diciembre (RJ 2004\1781) señala “no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del 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 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 para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger”⁷¹.

⁷⁰ MORILLAS CUEVAS, «Capítulo 43. Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en MORILLAS CUEVAS (coord.), *Sistema de Derecho penal español Parte especial*. 2011, p. 919; HAVA GARCÍA, «Lección 4ª. Prevaricación de los funcionarios públicos», en ÁLVAREZ GARCÍA (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, 2013, p. 124; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 21ª ed., 2017, p.849.

⁷¹ También como ejemplo de esta línea se puede poner la STS 941/2009, de 29 de septiembre (RJ 2009,5984), que recoge “El Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente

Estos mecanismos a los que hacen referencia los jueces penales son las excepciones de nulidad y anulabilidad dispuestas en el Derecho administrativo. En este sentido, la STS 1636/2000 de 26 de octubre (RJ 2000\8798) señala que “las desviaciones de las normas administrativas tienen su corrector más adecuado en la esfera del Derecho administrativo que despliega una amplia cobertura y garantía para los administrados en general, por la vía de las reclamaciones en vía gubernativa y eventualmente en la jurisdicción Contencioso-Administrativa”. Por ello, apunta el Tribunal, “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. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación⁷²”.

De las sentencias acabadas de exponer se extrae que no hace falta sancionar una conducta si la ilegalidad cometida puede ser subsanada a través de las excepciones previstas en el derecho administrativo orientadas a devolver una situación de ilegalidad a su estado original. Por el contrario, debe entenderse que sí sería objeto de sanción penal una conducta cuya ilegalidad no pueda ser reparada administrativamente.

b) La existencia de una sanción disciplinaria como mecanismo sancionador suficiente e incluso más eficaz que la sanción penal

Además de considerarse suficiente la existencia de excepciones administrativas como la nulidad o la anulabilidad para evitar la sanción penal de una conducta, los tribunales también han apuntado que no debe imponerse una pena a un comportamiento castigado en el Código penal si hay prevista una reacción sancionadora en otro sector del ordenamiento, concretamente en el administrativo. Así, la STS 1823/2000 de 27 de noviembre (RJ 2000\9749) relativa al delito de negociaciones prohibidas establece “Y quizás la violación de esa incompatibilidad pueda tener alguna relevancia jurídica; pero desde luego no en el ámbito penal (...). El Derecho penal interviene en asuntos más importantes”. En este mismo sentido se pronuncia la STS 927/2003, de 23 de junio (RJ 2003\6367), respecto al delito de prevaricación, que describe “el respeto del principio de legalidad, que debe regir toda la acción administrativa, se garantiza principalmente a través de otras ramas del ordenamiento jurídico distinta de la penal, especialmente la administrativa, por cuanto la penal debe reservarse para los ataques más graves contra la función pública. (...) la anterior doctrina *no*

tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para 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 *ultima ratio* sancionadora” o la STS 480/2004 de 7 abril (RJ\2004\2818) que afirma que no se debe sancionar a través del delito de prevaricación cuando la infracción de la norma “sea susceptible de ser controlada a través de los mecanismos dispuestos por el ordenamiento”.

⁷² STS 1658/2003, de 4 de diciembre (RJ 2004\1781). En igual la STS 49/2010, de 4 de febrero (RJ 2010\1415) que expone “A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación”. Así también las SSTS 755/2007 (RJ 2007\6285); 927/2003 de 23 de junio (RJ 2003\6367); STS 225/2015 de 22 de abril (RJ 2015\1359); 340/2012, de 30 de abril (RJ 2012\5975).

*implica que el ciudadano quede inerme frente a la posible lesión de sus derechos e intereses legítimos por las decisiones de órganos administrativos, dado que puede acudir a otras vías legales. Siempre tendrá abierta la vía administrativa, en el doble aspecto de poder ejercitar los recursos legalmente admisibles (...) y de poder solicitar la imposición a las autoridades y funcionarios las sanciones administrativas que igualmente fueren procedentes conforme al ordenamiento jurídico, pues la potestad punitiva del Estado se manifiesta tanto en el campo del Derecho penal como en el Derecho administrativo sancionador-por ser manifestación, ambos, del *ius puniendi*-, con la posibilidad, finalmente, de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa”.*

También la doctrina puntualmente ha asumido esta postura respecto algunos tipos penales. En lo concerniente al delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos CUGAT MAURI cuestiona su inclusión en el Código penal apuntando “poco espacio quedará a esta figura que no esté ocupado ya por las infracciones administrativas, las prohibiciones de contratar o las obligaciones de abstención”⁷³. Asimismo JAREÑO LEAL afirma que la figura delictiva “está vaciando el régimen sancionador administrativo sobre el deber de abstención de los empleados públicos, que consiste, exactamente, en prohibir esta clase de conducta”⁷⁴.

Esta idea de que el Derecho administrativo, a través de los mecanismos reparadores mencionados o en su vertiente sancionadora, es capaz de hacer frente por sí solo a determinadas conductas con relevancia penal relacionadas con la corrupción merece una crítica desde dos perspectivas: una dogmática y otra político-criminal.

4. Críticas

4.1 Crítica desde un punto de vista dogmático

Independientemente de que en el siguiente epígrafe se rebata la afirmación de que nos encontramos ante conductas de escasa transcendencia para ser objeto de un reproche penal (siendo suficientes la nulidad y la anulabilidad administrativas) o que puedan ser disuadidas o reprimidas en otro sector del ordenamiento de forma más eficaz, las absoluciones penales basadas en los principios de la intervención mínima merecen, en primer lugar, una crítica dogmática.

⁷³ CUGAT MAURI, «Lección 16. Negociaciones prohibidas», en ÁLVAREZ GARCÍA (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, 2013, p. 587.

⁷⁴ JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*, 2011, p. 155. En un sentido similar también sobre esta figura delictiva se pronuncian MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTA, que declaran “Este adelantamiento de las barreras de intervención penal es consecuencia en la mayor parte de los supuestos, del fracaso de los controles administrativos que sobre el ejercicio de la actividad pública prevé el Ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, de los deberes de abstención del funcionario o del régimen de incompatibilidades” MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, «Título XIX De los delitos contra la Administración pública. Capítulo IX. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2016, p.1796.

La primera es que resulta cuestionable que sean los jueces quienes se pronuncien sobre qué sector del ordenamiento resulta de aplicación. Tal y como han señalado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, la intervención mínima opera en un plano político-criminal y no es un argumento que pueda ser empleado por el juez a la hora de dictar sentencia. Ambos tribunales han reiterado en diversas ocasiones que estos principios constituyen un criterio regulador de la política criminal dirigido al legislador y no una regla de aplicación de la ley que recaiga sobre el juez⁷⁵. Al legislador le corresponde en cada caso determinar lo que debe entenderse por *ultima ratio* mientras que al aplicador de la ley, lo que le corresponde es la comprobación de la tipicidad; su margen de discreción está delimitado por el principio de legalidad⁷⁶. Por ello, como señala ÁLVAREZ GARCÍA, al incorporar este argumento, los tribunales confunden dos planos de la discusión distintos, el del principio de *ultima ratio*, del que se ocupa el legislador al decidir opciones de política criminal, y el de comprobación de la tipicidad, que corresponde al juez y cuyo margen de discreción está delimitado por el principio de legalidad. Así, prosigue el autor, una cosa es la intervención mínima y otra, la “significatividad” del ataque, que supone la efectiva constatación de la existencia de una lesión o peligro para el bien jurídico con suficiente entidad como para entender que el comportamiento es típico⁷⁶. Y sólo en base a este último argumento podrá fundamentar el juez la no aplicación de un precepto cuando se dan todos sus requisitos.

En definitiva, no es a los jueces penales a quienes corresponde identificar comportamientos no necesitados de pena debido a que otras instancias extrapenales son adecuadas o proporcionadas⁷⁷. Como apunta JAREÑO LEAL “la existencia paralela de dos respuestas no implica que exista una elección discrecional del juez, pues la existencia del tipo penal debe fundarse en la constatación de sus propios términos”⁷⁸. La tarea que corresponde al juez es constatar si la falta de lesividad del ataque al bien jurídico permite sostener la atipicidad de la conducta. Para llegar a esta conclusión, el juzgador puede acudir únicamente a

⁷⁵ El Auto del TS 517/2013 de 7 marzo (JUR 2013\105100) expone “No es aplicable el principio de intervención mínima del Derecho Penal por tratarse de un principio que rige al momento de legislar las conductas, pero no al momento de aplicarlas a los hechos cometidos, que, en el caso concreto, son subsumibles en el tipo penal de apropiación indebida que dispone el art.252 del Código Penal”. En el mismo sentido ROXIN, que afirma que el principio de subsidiariedad es más una directriz político-criminal que un mandato vinculante. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band. 1, 4 Auflage*, 2006, p. 25.

⁷⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, «Lección 1ª. Introducción a los delitos contra la Administración pública», en ÁLVAREZ GARCÍA (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, 2013, p.47. En el mismo sentido GÓMEZ RIVERO, «Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», *EPC*, (37), 2017, p. 266. Sin embargo, como afirma JAREÑO LEAL, el recurso o no a la opción penal se ha solventado, en ocasiones, con decisiones que parecen obedecer más a cuestiones de política criminal que a criterios de tipicidad. LA MISMA, «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», *RECPC*, (20-17), 2018, pp. 1-30.

⁷⁷ No obstante, el Tribunal Constitucional sí ha identificado algunos comportamientos no necesitados de pena porque la imposición de una sanción penal sería desproporcionada y podría provocar una autocensura en el ejercicio de un derecho fundamental. Así, lo ha hecho, por ejemplo, en su STC 136/1999 de 20 julio (RTC 1999/136) empleando la doctrina del “efecto desaliento”, que trata de evitar que una reacción sancionadora desproporcionada provoque el no ejercicio de un derecho fundamental. Sobre la doctrina del efecto desaliento vid. CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *RGDP*, (8), 2007, pp.1-43.

⁷⁸ JAREÑO LEAL, «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», *RECPC*, (20-17), 2018, pp. 1-30.

argumentos relacionados con la ausencia de nocividad de la conducta hacia el bien jurídico protegido. Y, en este sentido, hay dos criterios no exentos de polémica, por los problemas de seguridad jurídica que plantean, que sí pueden ser empleados legítimamente por el juez: la adecuación social y el principio de insignificancia⁷⁹. De este modo, solo si la conducta objeto de enjuiciamiento es adecuada socialmente o carece de relevancia respecto al bien jurídico, el juez penal podrá legítimamente considerarla atípica y no imponer una pena⁸⁰.

Este mismo argumento también puede ser remitido al sector jurisprudencial que considera acertado desviar la sanción de la conducta al ámbito administrativo. Tampoco la existencia de una infracción paralela en otra rama del Derecho convierte en discrecional la decisión del juez de optar por uno u otro sector del ordenamiento. La decisión político-criminal de cómo repartir los comportamientos dañosos entre las diferentes ramas sancionadoras del ordenamiento corresponde al legislador. La tarea del juez consiste en subsumir un comportamiento en un tipo penal. Además, la desviación a otro régimen sancionador amparándose en los principios de la intervención mínima supone, como señala ÁLVAREZ GARCÍA, una forma de “vestir” el delito⁸¹, pues, al fin y al cabo, supone aceptar que la conducta enjuiciada es suficientemente grave como para ser objeto de algún tipo de sanción por parte del ordenamiento jurídico y que, por consiguiente, atenta significativamente contra el bien jurídico. La constatación de estar frente a un comportamiento que merece una sanción pero que debe ser extrapenal obedece a la errónea creencia de que el Derecho administrativo es más eficaz y, menos vulnerador de derechos fundamentales a la hora de imponer un castigo. Sin embargo, como se apuntará a lo largo del presente trabajo, esto se encuentra lejos de ser así.

Insistiendo en la misma idea, hay conductas que se sancionan en dos sectores del ordenamiento y esto no implica que el juez penal deba decidir cuál de ellos resulta de aplicación. Por ejemplo, se puede traer a colación el caso del cohecho. La conducta consistente en aceptar un regalo o una dádiva superior a los usos y costumbres puede ser sancionada por dos sectores del ordenamiento, el administrativo y penal. Por un lado, a través del artículo 419 y siguientes del Código penal y, por otro, a través del artículo 26.2 b) 6º de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno prohíbe aceptar regalos “que superen los usos habituales o de

⁷⁹ Aunque ambos están relacionados, pues hay quien afirma que el principio de insignificancia tiene como fundamento el principio de subsidiariedad, lo cierto es que no pueden ser aplicados indistintamente. No es lo mismo que el juez absuelva debido a que el comportamiento típico no afectó suficientemente al bien jurídico (principio de insignificancia), cuestión que debería probar y argumentar empíricamente, a que remita la conducta de forma genérica a los “eficaces” mecanismos previstos en el Derecho administrativo. No hay duda de que el segundo argumento es mucho más fácil de defender.

⁸⁰ Sobre el uso de estos principios en la jurisprudencia relativa a delitos contra la Administración pública GÓMEZ RIVERO, «Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», *EPC*, (37), 2017, pp. 249-306. En este trabajo, la autora establece una clara vinculación entre el principio de subsidiariedad, que opera en el plano legislativo, y el principio de insignificancia, que opera en el plano de aplicación de la ley.

⁸¹ ÁLVAREZ GARCÍA, «Lección 1ª. Introducción a los delitos contra la Administración pública», en ÁLVAREZ GARCÍA (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, 2013, p. 48. En igual sentido JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*, 2011, p.36.

cortesía...”. ¿Eso significa que el juez penal en caso de enjuiciar un supuesto encuadrable en ambos preceptos podría derivar legítimamente este comportamiento a la sanción administrativa dispuesta en la Ley de Transparencia? La respuesta obviamente ha de ser negativa. Otro ejemplo viene de la mano de la regulación de la responsabilidad penal de los partidos políticos tras la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Tras su inclusión como sujetos sometidos a posible sanción estos deben incorporar programas de cumplimiento si quieren beneficiarse de las mismas exenciones y atenuantes disponibles para el resto de personas jurídicas. Para ello deberán incorporar códigos éticos más estrictos e incluso más taxativos que las leyes administrativas y, por supuesto, sanciones en caso de incumplimiento⁸². Sin embargo, un régimen sancionador interno en el seno del partido no debería operar como argumento que permita al juez penal remitirse a este en caso de que deba imponer una sanción penal al individuo cuando cometa un hecho delictivo.

El hecho de que se solapen íntegramente dos conductas en el Derecho administrativo y en el Derecho penal es un asunto de política legislativa que, deseable o no, corresponde decidir al legislador, no un problema de aplicación de la ley que implique una decisión por parte del juez. Lo ideal es que, desde un punto de vista legislativo, no se produzcan solapamientos, pues se debe realizar un adecuado reparto de comportamientos entre los diferentes sectores del ordenamiento para evitar que estos sean sancionados penal y administrativamente sin un criterio claro⁸³. Sin embargo, el problema desaparece si las infracciones no son idénticas, sino similares. Lo que si hay que tener claro es que un tipo penal no queda deslegitimado por la previsión de infracciones similares en otros sectores orientadas a proteger el mismo bien jurídico.

Además, la imposición de dos sanciones por una misma conducta, una administrativa y otra penal, no tiene porqué ser incompatible. Sólo será incompatible si su tipificación se fundamenta en las mismas razones o, como diría DÍEZ RIPOLLÉS, si se fundamentan en razones direccionalmente coincidentes⁸⁴. Los tribunales han aceptado la imposición de dos sanciones para un mismo hecho siempre que cumplan determinados requisitos⁸⁵. Aunque en ambos ordenamientos jurídicos, penal y administrativo, rige la prohibición de *bis in idem*, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) han estimado compatible la imposición por unos mismos hechos de una sanción penal y otra disciplinaria. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que no

⁸² Sobre la necesidad de incorporar auténticos programas de cumplimiento en los partidos políticos actuales y no códigos éticos con finalidades meramente cosméticas como los actuales. Vid. BAUCCELLS LLADÓ, «Autorregulación y prevención del delito en los partidos políticos», *RGDP*, (28), 2017.

⁸³ Ahora bien, un aspecto que deberá tener en cuenta el legislador penal es que la protección de un mismo objeto por diferentes sectores del ordenamiento exige una relación de estrecha colaboración entre los mismos, especialmente si ambos contemplan medidas de carácter sancionador. CORCOY BIDASOLO, «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», *RDF*, (8), 2012, pp. 46-76.

⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, 3ª ed., 2011, p. 276.

⁸⁵ Aunque, como señala RANDO CASERMEIRO, a menudo se ha argumentado la compatibilidad de ambas empleando una dudosa argumentación. RANDO CASERMEIRO, «Derecho penal de la Administración pública y potestad disciplinaria de las administraciones públicas», en POLAINO NAVARRETE (dir.), *Derecho penal de la Administración Pública*, 2012.

vulnera dicho principio si la imposición de una doble sanción a un mismo individuo por los mismos hechos obedece a fundamentos diferentes. Y la tónica general, en el ámbito de regímenes disciplinarios (regímenes sancionadores impuestos a un colectivo⁸⁶), ha sido considerar que la fundamentación es distinta⁸⁷.

4.2 Crítica desde una perspectiva político-criminal

Además de la crítica dogmática acabada de exponer, también se puede cuestionar que los mecanismos preventivos y sancionadores previstos en el Derecho administrativo sean más eficaces que los dispuestos en el Derecho penal y que, por tanto, el legislador deba prescindir de sancionar penalmente algunas de las conductas previstas en el Código desde un punto de vista político-criminal.

a) Crítica a la suficiencia de medios desprovistos de carácter de sanción

Resulta dudosa la afirmación de la jurisprudencia y de la doctrina de que es suficiente para hacer frente a conductas lesivas en el ámbito de la Administración pública únicamente con los mecanismos exclusivamente restauradores de la legalidad que a día de hoy dispone el Derecho administrativo. Según esta posición no sería necesario prever algunos tipos penales desde el punto de vista legislativo porque el ordenamiento administrativo cumple las funciones necesarias para la prevención de este tipo de conductas.

Como se ha apuntado previamente, los tribunales y la doctrina han tenido dificultad a la hora de percibir la gravedad de conductas sancionables a través de determinados delitos. Es cierto que, por ejemplo, mediante el delito de prevaricación no debe sancionarse un mero incumplimiento de formalidades legales al emitir una resolución administrativa, pero resulta discutible que durante mucho tiempo se hayan considerado meras ilegalidades la adopción de resoluciones administrativas que han prescindido totalmente de las mínimas reglas procedimentales o que vulneran principios administrativos básicos. Así, por ejemplo, se puede citar la STS 1658/2003, de 4 de diciembre (RJ 2004 \1781), que absuelve a un alcalde que concede una licencia urbanística en contra de la normativa vigente, sin que fuera presentado proyecto de obra de ninguna clase y concediendo la licencia en el mismo día de la solicitud, omitiendo asimismo cualquier clase de informe. También la STS 1068/2004, de 29 de septiembre (RJ 2004\6059), que absuelve al alcalde y a los concejales que impiden a terceros interesados participar en expedientes de concesión de licencias, dejándoles como

⁸⁶ El TEDH mantiene una concepción de sanción material. Éste ha señalado en diversas ocasiones que los Estados firmantes del CEDH no pueden, a su discreción, clasificar una infracción de 'administrativa' en lugar de penal para excluir la vigencia de las cláusulas fundamentales de los arts. 6 y 7, pues entonces la sujeción a dichos artículos dependería de la voluntad soberana de los Estados que realizan dicha calificación (*Öztürk c. Alemania*, STEDH de 21 de febrero de 1984, nº 8544/79; caso *Engel y otros c. Países Bajos*, STEDH de 8 de junio de 1976). Por ello, a lo largo de reiterada jurisprudencia, el TEDH ha identificado criterios de distinción entre derecho administrativo sancionador y derecho penal como el de la calificación penal de la infracción en el ordenamiento (aunque este criterio no sería vinculante), la naturaleza de la infracción, la severidad de la sanción impuesta y la sanción potencial y que ésta se dirija a la totalidad, y no a una colectividad, como sucede en los regímenes disciplinarios (menciona este requisito el caso *Öztürk c. Alemania* apdo. 53 y el caso *Jussila c. Finlandia*, STEDH 23 de noviembre de 2006, nº 73053/01 apdo. 38).

⁸⁷ SSTC 234/1991, de 10 de diciembre; 270/1994, de 17 de octubre de 1994.

única vía la de recurrir judicialmente; o la STS 917/2003, de 23 de junio (RJ 2003\6245), que absuelve al alcalde a pesar de que no previó en los presupuestos la asignación económica para retribuir la actividad desarrollada por los posibles contratados, y no publicó la oferta pública de dichos puestos de trabajo⁸⁸.

Como ya se apuntó, estas sentencias son un ejemplo de que los jueces no han sabido identificar la lesividad de la conducta objeto de sanción. A menudo conciben el procedimiento administrativo como un estorbo burocrático que los funcionarios pueden incumplir en aras de satisfacer con rapidez y eficiencia los intereses generales⁸⁹. Sin embargo, el procedimiento, más que un impedimento para la consecución de intereses generales, constituye una garantía de estos, pues posibilita el acierto y la oportunidad de la actuación administrativa, permitiendo que la institución pública tenga en cuenta todos los intereses en juego, “evitando que actúe de manera irreflexiva o arbitraria”⁹⁰. Esta idea está empezando a calar en la jurisprudencia más actual. Así, la STS 200/2018 de 25 de abril (RJ 2018\2692), citando jurisprudencia reciente, recoge la idea de que “el procedimiento administrativo tiene una finalidad (...) de mayor transcendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate”⁹¹.

A diferencia de lo que han manifestado reiteradamente los tribunales, la previsión de excepciones administrativas como la nulidad o anulabilidad u otros mecanismos administrativos reparadores no convierten en innecesaria la imposición de una sanción (penal o administrativa) al sujeto que adopta una decisión ilegal o que con su conducta produce efectos perniciosos en el sistema administrativo. Estas excepciones deben operar junto con una reacción sancionadora con capacidad disuasoria. Si el legislador ha previsto mecanismos en ambos sectores es precisamente porque no son incompatibles. En este sentido, Derecho penal y Derecho administrativo no son sectores discrepantes, sino complementarios. Y, precisamente, desde un punto de vista global del ordenamiento, lo ideal es que intervengan ambas ramas conjuntamente, elevando así la eficacia del sistema de control social. Es decir, ante la comisión de una ilegalidad grave, será deseable que, por un

⁸⁸ En esta sentencia indica el Tribunal que “nada obsta que los hechos en sí sean reprochables social o moralmente, para que no tengan encaje jurídico-penal, tal y como han sido descritos en los hechos probados”. También en este sentido la STS 1056/2002 de 3 de junio (RJ 2002\6040), que absuelve al alcalde que acomete obras de urbanización antes de que el plan parcial fuera definitivamente aprobado por el organismo superior competente e impidiendo la labor de control del Pleno, o la STS 189/2008 de 25 de abril, que absuelve al alcalde que concede una licencia para el proyecto que él mismo había realizado como arquitecto privado sin que el incumplimiento del deber de abstención se considere grave.

⁸⁹ JAREÑO LEAL, «Los delitos contra la Administración y la Contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial», (VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, 2016, p.522.

⁹⁰ GAMERO CASADO/FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho administrativo*, 14ª ed., 2017, p.428.

⁹¹ Esta misma sentencia apunta “La omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos por la vía del artículo 303 CP (...), porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de la Administración y de justicia y acierto de sus resoluciones”. En este sentido también se pronuncia la STS 1658/2003 de 4 de diciembre (RJ 2004\1781), en la que se afirma que el procedimiento “tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones”

lado, se ejercite la nulidad o anulabilidad de la actuación para que la resolución administrativa adoptada deje de producir efectos dañosos en el sistema social y que, a su vez, se imponga una sanción al sujeto que la emitió para que se desplieguen los efectos preventivo-especiales y preventivo-generales de la pena. Por eso, la disyuntiva Derecho administrativo (en su vertiente no sancionadora)-Derecho penal en la que se han visto envueltos muchos jueces carece de sentido si el comportamiento enjuiciado merece indudablemente de un reproche sancionador. El problema, como ya se ha apuntado, es la dificultad que plantean determinadas conductas relacionadas con la corrupción a la hora de constatar los efectos nocivos que producen en el sistema social⁹².

En definitiva, la implementación de un mecanismo preventivo, por muy eficaz que sea, no implica que este no deba ser completado por una medida sancionadora (penal o administrativa). Y esto no significa que la situación atente contra el principio de subsidiariedad o *ultima ratio*. Así, a modo de ejemplo, se ha demostrado que las medidas administrativas que restringen y controlan la tenencia de armas de fuego son muy efectivas en la reducción de este tipo de homicidio⁹³. Sin embargo, nadie afirmaría que dicho control administrativo podría remplazar la imposición de una sanción en caso de que un sujeto cometa un homicidio con este instrumento. En este mismo sentido, señala TERRADILLOS BASOCO, el hecho de que las instancias administrativas actúen, no implica que en los supuestos más graves sea injustificado acudir al Derecho penal como *ultima ratio*. En este sentido, afirma el autor, "La existencia de una inspección laboral responsable de garantizar la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales o de una inspección fiscal omnipresente no ha sido nunca argumento para pedir la derogación de los artículos 316 o 305, respectivamente, del CP"⁹⁴. Por eso, en la mayoría de los casos, los sistemas de control social preventivos no son sustitutivos de un régimen sancionador.

b) Crítica a la mayor eficacia de los mecanismos sancionadores administrativos

Los jueces penales a menudo se inhiben y desvían a la jurisdicción administrativa un comportamiento con relevancia penal, insinuando o afirmando claramente que el Derecho administrativo es más eficaz en la sanción del comportamiento típico que el Derecho penal. No obstante, antes de entrar a valorar si es cierta esta afirmación, hay que plantearse primero a qué sector del ordenamiento administrativo remiten los jueces penales cuando realizan esta afirmación.

Aunque hay leyes administrativas, como la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno o la Ley 3/2015, de 30 de marzo, Reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, que

⁹² GREEN, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral sobre los delitos de cuello blanco*, 2013, p. 270.

⁹³ ZIMRING, «Is Gun Control Likely to Reduce Violent Killings?» *The University of Chicago Law Review*, (35.4), 1968, pp. 721-737.

⁹⁴ TERRADILLOS BASOCO, «El delito de publicidad engañosa», en RUÍZ RODRÍGUEZ (dir.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II seminario internacional de Derecho penal económico*, 2002, p. 73.

prevén un régimen sancionador para castigar a los sujetos a los que se aplican estas leyes, lo cierto es que el mecanismo estrella es el Derecho disciplinario. El Derecho disciplinario es un régimen interno de sanción de empleados públicos recogido en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Dicho esto, hay que entender que es a este al que se remiten los jueces penales. Sin embargo, como se apuntará en las siguientes líneas, este adolece de problemas que permiten poner en duda su idoneidad para disuadir y reprimir conductas relacionadas con la corrupción⁹⁵.

La principal crítica que se puede formular a las desviaciones que realizan los jueces penales hacia el Derecho disciplinario para castigar conductas corruptas es que este régimen resulta de aplicación a los sujetos que criminológicamente más conductas dañosas contra la Administración cometen. Está demostrado empíricamente que son las autoridades públicas, especialmente aquellas a nivel local (alcaldes y concejales), las que criminológicamente más comportamientos corruptos llevan a cabo en el ámbito de la función pública⁹⁶. Sin embargo, las sanciones que prevé el EBEP, sólo son aplicables a sujetos que ostentan la condición de empleado público (funcionarios, personal laboral, etc.) pero no a las autoridades. Así lo establece el propio artículo 2.1 del EBEP que recoge su ámbito subjetivo de aplicación⁹⁷. Por tanto, la remisión que realizan los jueces y la doctrina a este sector es, en la mayoría de los casos, una remisión a ninguna parte⁹⁸. Esto hace que el Derecho disciplinario y el Derecho penal no puedan ser sometidos a comparación en el ámbito del principio de subsidiariedad, pues a día de hoy el Derecho disciplinario ni si quiera es un mecanismo idóneo para sancionar conductas relacionadas con la corrupción.

Siendo este el problema, hay quién podría plantear que la solución, desde un punto de vista legislativo, debería ser la de ampliar el ámbito subjetivo del EBEP para que el régimen sancionador pueda ser aplicado a autoridades y cargos políticos. Así, el problema del Derecho disciplinario sería reparable, no definitivo. Sin embargo, hay varios argumentos que se podrían esgrimir en contra de esta opción. Todo el Derecho disciplinario se configura como una potestad sancionadora interna o doméstica de la Administración que castiga a los trabajadores que tienen una vinculación estable con esta. Esto explica la lógica de todo este sistema sancionador (el tipo de sanciones y de penas contempladas, los plazos de

⁹⁵ Como se apuntó cuando se expuso el concepto de subsidiariedad, si un mecanismo de control no es idóneo ni si quiera es susceptible de ser comparado (en eficacia) con otro medio de control social como, por ejemplo, en este caso sería, el Derecho penal.

⁹⁶ VILLORIA MENDIETA/JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de la corrupción», *REP*, (156), 2012, pp.13-47.

⁹⁷ "Artículo 2 Ámbito de aplicación 1. Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado.

b) Las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.

c) Las Administraciones de las entidades locales.

d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

e) Las Universidades Públicas."

⁹⁸ Lo cierto es que la figura del alcalde y las autoridades locales carecen, al margen del derecho penal, de un régimen sancionador eficaz.

prescripción establecidos...). Todo ello convierte a este mecanismo en capaz únicamente de disuadir a sujetos que tienen una relación tan estable con la función pública como la que tiene el empleado público.

Aunque hay quien ha afirmado que las sanciones disciplinarias son más disuasorias que las penales⁹⁹, lo cierto es que, por su propia naturaleza, van encaminadas a disuadir únicamente a sujetos cuya vinculación con la Administración pública es permanente. La sanción más grave con la que cuenta es la separación del servicio con la consiguiente pérdida de la condición de funcionario, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento y la suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral. Pero también incluye sanciones como la suspensión de funciones, el traslado forzoso, el demérito y el apercibimiento. Estas reacciones no son disuasorias para sujetos como los alcaldes o concejales, cuyo paso por la Administración es temporal, limitadas a la legislatura¹⁰⁰. Además, aunque algunas sanciones sean similares, como la separación del servicio o las privaciones de derechos, lo cierto es que la mayor aflictividad del sistema penal es incuestionable porque dicho procedimiento va aparejado de un efecto difamatorio que hace que la sanción penal tenga mayor efecto preventivo general y especial¹⁰¹.

Además, este no es el único problema del que adolece el Derecho disciplinario para sancionar eficazmente conductas corruptas. Otra de las objeciones que se le puede hacer a este sector del ordenamiento como mecanismo de disuasión es la escasísima frecuencia con la que se abren expedientes sancionadores y lo poco habitual que resulta que alguien sea apercibido a través de este sector del ordenamiento. Es cierto que el éxito o fracaso de un medio de control de carácter sancionador no se mide por la cantidad de expedientes que se abren o por el número de sanciones impuestas, sino por la cantidad de conductas dañosas que disuade. Sin embargo, aunque carezcamos de datos empíricos sobre la eficacia disuasoria del Derecho disciplinario¹⁰², existen motivos de peso para pensar que el reducido número de expedientes disciplinarios que se inician en este sector del ordenamiento no se debe a que los niveles de cumplimiento de la ley sean elevados, sino a la ausencia de imparcialidad e independencia de los órganos encargados de iniciar el procedimiento¹⁰³. En

⁹⁹ Así MUÑOZ CONDE, que considera que el régimen administrativo sancionador previsto para los funcionarios públicos es más disuasorio, pues prevé sanciones de mayor gravedad al incorporar entre su catálogo el apartamiento de la función pública. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*. 21ª ed., 2017, p.486.

¹⁰⁰ Aunque, como sabemos, hay autoridades y cargos electos que se mantienen en la función pública durante muchos años.

¹⁰¹ JAREÑO LEAL, "El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa", *RECPC*, (20-17), 2018, pp. 1-30.

¹⁰² Y en general sobre la eficiencia de los distintos subsistemas de control social. PRIETO DEL PINO, «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad», en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ (coord.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, 2016, p. 301. Crítico con la ausencia de datos empíricos en este sentido ORTIZ DE URBINA, «Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)», en CORCORY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, p. 401.

¹⁰³ Sobre la necesidad de que las sanciones sean impuestas por un cuerpo independiente vid. VILLORIA MENDIETA, «Conflicts of interest policies and practices in nine EU member states», *Corruption and democracy*.

este sentido, no resulta sorprendente que este sector del ordenamiento sea calificado por la doctrina como un “poder interno o doméstico” o “potestad correctiva interna”¹⁰⁴.

La doctrina administrativa revela que el escaso uso que en la actualidad se hace por parte de las administraciones públicas de las potestades disciplinarias se debe básicamente a que la jerarquía, principio en el que se sustentaba antiguamente el derecho disciplinario como poder de corrección de subordinados, ha dejado de ser tan fuerte como antaño, existiendo entre superiores e inferiores una relación más próxima a la de camaradería¹⁰⁵. Por eso, raramente se va a iniciar un procedimiento a un subordinado si el órgano competente para hacerlo es un órgano superior¹⁰⁶. Además, en el caso de que se inicie, suele ser habitual que el sujeto sea un trabajador de lo más bajo del escalafón, siendo muy difícil abrir un expediente a un sujeto que ocupa un alto cargo en el organigrama administrativo¹⁰⁷. En el ámbito de la contratación pública, MADARIAGA VENEGAS indica que muchas de las irregularidades más graves las cometen los órganos de contratación o los funcionarios técnicos sometidos a presiones de órganos políticos y se plantea “¿Quién en este caso va a abrir un expediente disciplinario contra sí mismo o contra un subordinado?”¹⁰⁸.

La siguiente cuestión que cabría plantearse es si hay otro tipo de responsabilidad dispuesta para este tipo de sujetos en el ordenamiento administrativo que desde un punto de vista político-criminal hiciera innecesaria la previsión de alguno de los delitos contra la Administración pública previstos en el Código penal. Y lo cierto es que, tras una investigación profunda sobre los mecanismos sancionadores dispuestos en el Derecho administrativo, he llegado a la conclusión de que no existen controles ajenos al Derecho penal capaces de imponer sanciones a la mayoría de comportamientos corruptos tipificados

Political finances, conflicts of interest, lobbying, justice, 2008, pp.96-97; MATARELLA, «The conflicts of interests of public officials: Rules, checks and penalties», en AUBY/BREEN/PERROUD (ed.), *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*, 2014, p.35; GIMENO FELIÚ, «Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos», en *Observatorio contratación pública*, 12/11/2014. Disponible en línea en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/recategoria.208/reلمenu.3/chk.1b2c9f6d99eef44223c17ac60720747>.

¹⁰⁴ Así, hay quien opina que esta es una modalidad especial de potestad sancionadora pero que se ajusta en peor medida a los principios constitucionales del *iuspuniendi*. GAMERO CASADO/FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho administrativo*, 14ª ed., 2017.p. 367. Sin embargo, indica RANDO CASERMEIRO resulta dudoso que el argumento de que se trata de una “potestad sancionadora doméstica” pueda erigirse como fundamento válido para recortar la aplicación de los principios fundamentales del derecho punitivo del Estado. RANDO CASERMEIRO, «Derecho penal de la Administración pública y potestad disciplinaria de las administraciones públicas», en POLAINO NAVARRETE (dir.), *Derecho penal de la Administración Pública*, 2012. p. 66.

¹⁰⁵ PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo. Vol II Organización y empleo público*, 2015, p.550.

¹⁰⁶ También se puede llevar a cabo mediante denuncia de los particulares, pero esto será lo menos habitual. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo. Vol II Organización y empleo público*, 2015, p. 586.

¹⁰⁷ MADARIAGA VENEGAS, «Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación», *Observatorio de la Contratación Pública (OBCP)*, 21/10/2013, disponible en internet en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.125/recategoria.208/reلمenu.3/chk.30ae25908c7c5f9c4eeb8e0babfaf011>.

¹⁰⁸ MADARIAGA VENEGAS, «Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación», *Observatorio de la Contratación Pública (OBCP)*, 21/10/2013, disponible en internet en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.125/recategoria.208/reلمenu.3/chk.30ae25908c7c5f9c4eeb8e0babfaf011>. Por eso, considera necesario un régimen sancionador ajeno al derecho disciplinario en materia de contratación pública.

en el Código penal. El Derecho administrativo, carece de medidas sancionadoras eficaces para sujetos que tienen el carácter de autoridad pública.

Por su parte, las autoridades que tienen la condición de alto cargo pueden ser sancionados a través de dos regímenes previstos en dos disposiciones señaladas anteriormente: la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. No obstante, ambos adolecen de los mismos problemas de los que adolecía el Derecho disciplinario y que revelan el fracaso de este sistema de control social¹⁰⁹. Las sanciones son escasamente disuasorias, el plazo de prescripción de las infracciones es demasiado breve, pero, sobre todo, los órganos encargados de incoar o imponer una sanción son dudosamente imparciales. Por eso, señalan PÉREZ MONGUIÓ Y FERNÁNDEZ RAMOS, una cosa es la previsión legal de disposiciones sancionadoras en el ámbito de los altos cargos y otra, su efectividad real¹¹⁰.

Más grave aún es la situación de las autoridades a nivel local que, si no son consideradas como alto cargo por la legislación correspondiente, carecen absolutamente de un régimen sancionador ajeno al Derecho penal. Este hecho, unido a las amplias facultades en la toma de decisiones que tienen determinados sujetos a nivel local y la ausencia de mecanismos de control en este ámbito contribuye a explicar que la mayor parte de los delitos contra la Administración se circunscriba a este sector¹¹¹. Así, el artículo 78.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) establece que los presidentes de las corporaciones locales “podrán sancionar con multa a los miembros de las mismas, por falta no justificada de asistencia a las sesiones o incumplimiento reiterado de sus obligaciones, en los términos que determine la Ley de la Comunidad Autónoma y, supletoriamente, la del Estado”. Sin embargo, como señalan PÉREZ MONGUIÓ Y FERNÁNDEZ RAMOS, lo cierto es que tanto la legislación estatal como la autonómica han omitido determinaciones de este tipo¹¹². Además, esta previsión vuelve a plantear el problema de que el sujeto encargado de iniciar los trámites del expediente sancionador es dudosamente imparcial, pues es difícil concebir que el presidente de la corporación, que a menudo es el alcalde, sancione a un concejal de su propio partido o incluso de otro, o iniciar un procedimiento contra sí mismo.

Expuestas las opciones sancionadoras de que dispone el Derecho administrativo, los jueces deberían abandonar la idea de que este sector ofrece una respuesta más eficaz, más rápida y menos vulneradora de Derechos fundamentales que la que ofrece el Derecho penal. De hecho, mientras no se configure un sistema administrativo sancionador capaz de imponer

¹⁰⁹ Algunas en común con el Derecho disciplinario, especialmente la ausencia de independencia de las personas encargadas de iniciar el expediente sancionador.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ RAMOS/PÉREZ MONGUIÓ, *La imparcialidad en el Procedimiento Administrativo: Abstención y Recusación*, 2012, p.198.

¹¹¹ VILLORIA MENDIETA/JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de la corrupción», *Revista de estudios políticos*, (156), 2012, pp.13-47.

¹¹² FERNÁNDEZ RAMOS/PÉREZ MONGUIÓ, *La imparcialidad en el Procedimiento Administrativo: Abstención y Recusación*, 2012, p.198. Nota a pie 315.

sanciones creíbles de forma independiente, desde un punto de vista legislativo el Derecho penal sigue siendo prácticamente la única opción para castigar conductas corruptas.

5. El argumento de los principios de la intervención mínima tras la crisis económica

En definitiva, una vez expuestas las críticas a los principios de la intervención mínima como argumento para absolver, se puede afirmar que estos principios penales no han servido al objetivo de evitar la intervención del Derecho penal en ámbitos que deben quedar reservados a otros medios de control social menos restrictivos de Derechos fundamentales. Al contrario, durante mucho tiempo han dado lugar a una aplicación sesgada y arbitraria del Derecho penal que ha permitido constatar la existencia de espacios de impunidad para determinados delincuentes de cuello blanco¹¹³. Esta aplicación desigual de los principios penales para absolver a sujetos de la comisión de determinados delitos viene a confirmar el tratamiento privilegiado que durante mucho tiempo han recibido los delitos contra la Administración pública.

En cualquier caso, tras la crisis económica y el aumento de la sensibilidad social sobre el problema de la corrupción, el argumento de la intervención mínima está siendo modificado. Aunque en el ámbito del delito de prevaricación los tribunales siguen haciendo referencia a este o al principio de *ultima ratio*, lo cierto es que desde 2010 raramente lo hacen para exonerar a sujetos criminalmente responsables¹¹⁴. Es decir, aunque en las sentencias postcrisis se sigue aludiendo a estos principios, en las más recientes funcionan como lugar común y no como un razonamiento empleado para fundamentar un fallo absolutorio a funcionarios que cometen ilegalidades graves. Por ejemplo, emplea en este sentido el principio de intervención mínima la STS 373/2017, de 24 de mayo (RJ 2017\3305), que condena por prevaricación al coordinador de los examinadores del permiso de conducir que adjudica de forma arbitraria a examinadores a determinados alumnos para que aprueben más fácilmente¹¹⁵; o la STS 200/2018, de 25 de abril (RJ 2018\2692), que condena por prevaricación al alcalde que adjudica un contrato de obras y prestación de servicios a favor de una empresa vulnerando reglas procedimentales básicas¹¹⁶. En cualquier caso, teniendo en cuenta las críticas expuestas a lo largo del presente trabajo, considero que debería ser abandonado definitivamente.

¹¹³ En igual sentido JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*, 2011, p. 39. No es casualidad que la intervención mínima haya operado como argumento absolutorio en el ámbito de determinados delitos contra la Administración pública y no en los delitos contra la propiedad u otros bienes jurídicos individuales

¹¹⁴ Ejemplo de ello son las recientes SSTS 149/2015, de 11 de marzo (RJ 2015\2588); 225/2015, de 22 de abril (RJ 2015\1359); 797/2015, de 24 de noviembre (RJ 2015\6320); 373/2017, de 24 de mayo (RJ 2017\3305); 200/2018, de 25 de abril (RJ 2018\2692).

¹¹⁵ Así, afirma "El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo debería utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible".

¹¹⁶ También alude a este principio como cliché o lugar común la SAP Málaga 17/2017, de 20 de enero (ARP 2017/348). La única sentencia con posterioridad a 2010 que, a pesar de aludir al principio de intervención mínima, absuelve es la relativa al caso Nóos, la STS 277/2018 de 18 de junio (RJ 2018/3196).

6. Conclusiones

Expuesta la evolución de este y otros argumentos para absolver de delitos de corrupción, se pueden exponer algunas conclusiones. En primer lugar, los jueces son personas y, como tales, no son ajenos a los cambios sociales a la hora de dictar sentencia. Afectados por los recortes y la crisis económica han incorporado nuevas razones para tratar de sancionar de forma más severa comportamientos que tradicionalmente habían recibido una respuesta desproporcionadamente leve. En realidad, más que emplear nuevos argumentos, han empezado a abandonar aquellos habitualmente esgrimidos para absolver y que, tras el análisis realizado, se han calificado de dudosamente legítimos.

En segundo lugar, aunque hay estudios empíricos que demuestran que una elevada preocupación social por la corrupción es contraproducente, dado que provoca desconfianza en los poderes públicos, en las instituciones e incluso puede ocasionar un incremento en la comisión de delitos contra la Administración¹¹⁷, a lo largo del presente trabajo se ha expuesto un aspecto positivo del cambio de sensibilidad social. La crisis ha traído consigo una leve mejora argumentativa de las sentencias que se pronuncian sobre delitos contra la Administración pública que, sin lugar a dudas, contribuirá a reforzar los efectos preventivos de la pena, así como a una aplicación del Derecho penal más igualitaria.

¹¹⁷ VILLORIA MENDIETA/JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de la corrupción», *REP*, (156), 2012, pp.13-47. Incluso puede afectar a las inversiones extranjeras y a la imagen del país; VILLORIA MENDIETA, «Principales rasgos y características de la corrupción en España», en VILLORIA MENDIETA /GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, 2016, p.57.

7. Tabla de jurisprudencia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 2ª, 10.12.1991	234/1991	Francisco Rubio Llorente
STC, 5ª, 17.10.1994	270/1994	Vicente Gimeno Sendra
STS, 2ª, 5.2.1996	84/1996	Luis Román Puerta Luis
STS, 2ª, 17.7.1998	965/1998	José Augusto Vega Ruiz
STC, Pleno, 20.7.1999	136/1999	Carles Viver Pi-Sunyer
STS, 2ª, 23.10.2000	727/2000	José Jiménez Villarejo
STS, 2ª, 26.10.2000	1636/2000	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 27.11.2000	1823/2000	Joaquín Delgado García
STS, 2ª, 26.11.2001	2208/2001	Eduardo Móner Muñoz
STS, 2ª, 21.10.2002	1718/2002	Julián Sánchez Melgar
STS, 2ª, 13.11.2002	1887/2002	José Antonio Martín Pallín
STS, 2ª, 3.6.2002	1056/2002	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS, 2ª, 4.12.2003	1658/2003	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 2ª, 23.06.2003	927/2003	José Román Puerta Luis
STS, 2ª, 23.6.2003	917/2003	José Ramón Soriano Soriano

STS, 2ª, 7.4.2004	480/2004	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 29.9.2004	068/2004	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 19.2.2006	226/2006	Julián Sánchez Melgar
STS, 2ª, 25.9.2007	755/2007	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 2ª, 25.4.2008	189/2008	Julián Sánchez Melgar
STS, 2ª, 29.9.2009	941/2009	Luis Román Puerta Luis
STS, 2ª, 4.2.2010	49/2010	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS, 2ª, 5.3.2012	181/2012	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 2ª, 30.4.2012	340/2012	Julián Sánchez Melgar
ATS, 2ª, 7.3.2013	517/2013	Juan Saavedra Ruiz
STS, 2ª, 30.4.2015	259/2015	Cándido Conde-PumpidoTourón
STS, 2ª, 22.4.2015	225/2015	Cándido Conde-PumpidoTourón
STS, 2ª, 11.3.2015	149/2015	Cándido Conde-PumpidoTourón
STS, 2ª, 24.11.2015	797/2015	Cándido Conde-PumpidoTourón
STS, 2ª, 23.5.2016	436/2016	Joaquín Giménez García
STS, 2ª, 24.5.2017	373/2017	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

STS, 2ª, 25.4.2018	200/2018	Vicente Magro Servet	
<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
Decisión, Plenario, 21.02.1984	8544/79	Wiarda	Öztürk c. Alemana
Decisión, Plenario, 8.6.1976	5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72	Mosler	Engler y otros c. Países Bajos
Decisión, Plenario, 23.11.2006	73053/01	Costa	Jussila c. Finlandia,

8. Bibliografía.

ÁLVAREZ GARCÍA (2013), «Lección 1ª. Introducción a los delitos contra la Administración pública», en ÁLVAREZ GARCÍA (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*.

BAUCELLS LLADÓ (2017), «Autorregulación y prevención del delito en los partidos políticos», *Revista General de Derecho penal*, (28), pp.1 ss.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO (1999), *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Praxis Madrid.

CORCOY BIDASOLO (2012), «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», *Revista de Derechos fundamentales*, (8), pp. 46 ss.

CUERDA ARNAU (2007), «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, (8), pp.1 ss.

CUGAT MAURI (1997), *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona.

————— (2013), «Lección 16. Negociaciones prohibidas», en ÁLVAREZ GARCÍA, (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DÍEZ RIPOLLÉS (2011), *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (2013), *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, Trotta, Madrid.

————— (2015), *La política criminal en la encrucijada*, B de F, Buenos Aires.

DOVAL PAÍS/BLANCO CORDERO/*et al* (2011), «Las concesiones de indultos en España (2000-2008)», *Revista Española de Investigación Criminológica*, (9), pp.1 ss.

FEIJOO SÁNCHEZ (2006), «Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (coord.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*, Colex, Madrid.

————— (2015), «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, (3), pp.1 ss.

FERNÁNDEZ CABRERA (2016), «Evolución jurisprudencial de los delitos de corrupción: un antes y un después de la crisis económica», en MARCO MARCO/PÉREZ GABALDÓN (coords.),

Radiografiando la democracia: Un estudio sobre corrupción, buen gobierno y calidad democrática, 2016, Avapol, Valencia, pp. 22 ss.

FERNÁNDEZ CASTEJÓN (2018), «¿Incumplen las Administraciones Públicas? Hacia la prevención de la corrupción pública mediante la evaluación del cumplimiento normativo en materia de transparencia de las corporaciones locales», *International Journal of Criminal Sciences*, (12).

GAMERO CASADO/FERNÁNDEZ RAMOS (2017), *Manual básico de Derecho administrativo*, 14ª ed., Tecnos, Madrid.

GARCÍA PÉREZ (1997), *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona.

GIMENO FELIÚ (2014), «Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos», en *Observatorio contratación pública*, 12 de noviembre, disponible en línea en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/recategoria.208/menu.3/chk.1b2c9f6d99eecf44223c17ac60720747>.

————— (2016), «La corrupción en la contratación pública», en CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ (dirs.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Dykinson, Madrid.

GÓMEZ RIVERO (2017), «Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», *Estudios penales y Criminológicos*, (37), pp. 249 ss.

GREEN (2013), *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral sobre los delitos de cuello blanco*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

GÜNTHER (1973), *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*, Carl Heymanns Verlag KG. Colonia, Berlín, Bonn, Múnich.

————— GÜNTHER (1978), «Die Genese eines Straftatbestandes», *JuS*, Heft 1, pp.8 ss.

HAVA GARCÍA (2013), «Lección 4ª. Prevaricación de los funcionarios públicos», en ÁLVAREZ GARCÍA (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 119 ss.

HEFENDEHL (2011), «Der fragmentarische Charakter des Strafrechts», *JA*, junio, pp. 401 ss.

JAREÑO LEAL (2011), *Corrupción y delincuencia de los funcionarios públicos en la contratación pública*, Iustel, Madrid.

————— (2014), «La corrupción en la contratación pública» en JAREÑO LEAL (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, pp.149 ss.

————— JAREÑO LEAL (2016), «Los delitos contra la Administración y la Contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial», VILLORIA

MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, pp. 517 ss.

————— (2018), «El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20-17), pp. 1 ss.

LUZÓN PEÑA (2016), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MADARIAGA VENEGAS (2013), «Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación», *Observatorio de la Contratación Pública (OBCP)*, 21 de octubre. Disponible en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.125/recategoria.208/re/menu.3/chk.30ae25908c7c5f9c4eeb8e0babfaf011>.

MARTOS NUÑEZ (1987), «El principio de intervención mínima», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1), pp. 99-134.

MATARELLA (2014), «The conflicts of interests of public officials: Rules, checks and penalties», en AUBY/BREEN/PERROUD (ed.), *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*, Edward Elgar publishing, Northampton, pp. 30-38.

MEDINA ARNÁIZ (2010), «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *La Ley*, (7382), pp. 1 ss.

MIR PUIG (2015), *Derecho penal. Parte General*, Repetitor, Barcelona.

MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA (2016), «Título XIX De los delitos contra la Administración pública. Capítulo V. Del cohecho», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Thomson Reuters, Cizur Menor, pp.1710 ss.

MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA (2016), «Título XIX De los delitos contra la Administración pública. Capítulo IX. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Thomson Reuters. Cizur Menor, pp.1795 ss.

MORILLAS CUEVAS (2011), «Capítulo 43. Delitos contra la Administración pública (I). Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos», en MORILLAS CUEVAS (coord.), *Sistema de Derecho penal español Parte especial*, Dykinson, Madrid.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2015), *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MUÑOZ CONDE (2017), *Derecho penal. Parte especial*. 21ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

ORTIZ DE URBINA (2012), «Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)», en CORCORY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, pp. 385 ss.

————— (2015), «Delitos contra la administración pública», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona.

PALAU ROQUÉ/DAVESA HERAS (2013), «El impacto de la cobertura mediática de la corrupción en la opinión pública española», *Revista española de Investigaciones sociológicas*, (144), pp. 97 ss.

PARADA VÁZQUEZ (2015), *Derecho administrativo. Vol II Organización y empleo público*, Open Ediciones Universitarias, Madrid.

POLAINO NAVARRETE (2011), *Lecciones de Derecho penal Parte Especial*. Tomo II, Tecnos, Madrid.

PRIETO DEL PINO (2004), *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores.*, Aranzadi, Cizur Menor.

————— (2008), «Aspectos Criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol» en ECHANO BASALDÚA (dir.), *Cuadernos penales José María Lidón*, Deusto publicaciones. Bilbao.

————— (2016), «Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad», en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES.

ROMERO/BECERRA MUÑOZ (coord.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons. Madrid/Barcelona.

RODRÍGUEZ MORO (2015), «Corrupción pública e intereses económicos de particulares: el “caso Matas”. Especial referencia a los delitos de prevaricación administrativa, malversación y Tráfico de influencias», en PUENTE ABA (coord.), *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*, Bosch, Barcelona.

RANDO CASERMEIRO (2010), *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (2012), «Derecho penal de la Administración pública y potestad disciplinaria de las administraciones públicas», en POLAINO NAVARRETE (dir.), *Derecho penal de la Administración Pública*, Edición Digital @tres. Sevilla.

ROBINSON (2012), *Principios distributivos del Derecho penal. A quien debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016), *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

ROXIN (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band, 1, 4 Grundlage*, C.h. beck, Múnich.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (1999), «Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la STS de 15-10-1999 (Sala 2ª)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (415), pp. 1 ss.

SERRANO GÓMEZ (2015), *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid.

SÁNCHEZ MORÓN (2017), *Derecho administrativo. Parte General*, 13ª ed., Tecnos, Madrid.

SANZ MULAS (2017), «Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-05), pp. 1 ss.

SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch editor. Barcelona.

TARÍN QUIRÓS (2016), «La medición de la corrupción en España: los datos objetivos», en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, pp. 67 ss.

TERRADILLOS BASOCO (2002), «El delito de publicidad engañosa», en RUÍZ RODRÍGUEZ (dir.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II seminario internacional de Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 71 ss.

TIEDEMANN (1969), *Tabestandfunktionen im Nebenstrafrecht, Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tabestandbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, J.C.B. Mohr, Tubinga.

VILLORIA MENDIETA (2008), «Conflicts of interest policies and practices in nine EU member states», *Corruption and democracy. Political finances, conflicts of interest, lobbying, justice*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo.

——— VILLORIA MENDIETA (2016), «Principales rasgos y características de la corrupción en España», en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier. Barcelona.

VILLORIA MENDIETA/JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2012), «¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de la corrupción», *Revista De estudios políticos*, (156), pp.13 ss.

WHOLERS (2012), «Derecho penal como *ultima ratio* ¿Principio fundamental del Derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido expresivo propio?», en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS ed. española a cargo de ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la función del castigo*, Atelier. Barcelona.

ZIMRING (1968), «Is Gun Control Likely to Reduce Violent Killings?», *The University of Chicago Law Review*, (35.4), pp. 721 ss.