

Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios

A propósito de la sentencia del TS sobre el «caso Barreiro»

CARLOS MARTINEZ PEREZ

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de La Coruña

SUMARIO: Hechos probados.—1. Introducción.—2. El Recurso de Casación del Ministerio Fiscal.—3. La Fundamentación Jurídica del T.S.: La Teoría de las Inferencias.—4. La modificación de los hechos probados y la problemática constitucional: 4.1. La alteración de los hechos.—4.2. El recurso de amparo y la providencia del Tribunal Constitucional.—5. La problemática jurídico-penal: 5.1. La necesaria separación entre lo objetivo y lo subjetivo y el ámbito de la teoría de las inferencias.—5.2. El carácter *objetivo* de la injusticia de la resolución.—5.3. La inaplicabilidad de la teoría de las inferencias en la interpretación de hechos objetivos.—6. Lo objetivo: 6.1. Consideraciones introductorias.—6.2. El concepto de injusticia y el bien jurídico.—6.3. El concepto de injusticia y el principio de intervención mínima.—6.4. Los hechos pretendidamente reveladores de la injusticia.—6.4.1. Introducción.—6.4.2. La confusión entre las dos resoluciones y la inseguridad acerca de los elementos caracterizadores de la injusticia.—6.4.3. La irrelevancia objetiva de los hechos que conducen a la primera resolución y la licitud de los hechos posteriores que culminan en la anulación.—6.4.4. Los hechos que conducen a la segunda autorización.—6.4.4.1. El informe de la comisión del juego de Galicia.—6.4.4.2. La falta de convocatoria pública y de publicidad.—6.5. Consideraciones finales.—7.—La constatación del elemento subjetivo.

HECHOS PROBADOS

«I. Con fecha 21 de febrero de 1985, tuvo entrada en el Parlamento de Galicia el proyecto de Ley reguladora de los Juegos y Apuestas en

Galicia; dicho proyecto de Ley fue publicado en el B.O. de la Cámara, n.º 384, de 7 de marzo de 1985, y en sesión de día 24 de septiembre de 1985 se aprueba por el Parlamento de Galicia el texto definitivo de la referida Ley, que aparece publicado en el B.O. de dicho Parlamento, n.º 475, correspondiente al día 30 de septiembre de 1985, y que habría de convertirse en la Ley 14/1985, de 23 de octubre; publicándose en el D.O.G. el 20 de noviembre de 1985. A finales del mes de septiembre, en día no exactamente precisado, pero comprendido entre el día de aprobación del texto definitivo de la Ley y el de su publicación, el procesado don José Luis B. R., que desempeñaba los cargos de Vicepresidente y Conselleiro de la presidencia, a la cual, en razón de la estructura orgánica de la misma y del Decreto 45/1985, de 21 de marzo, de asunción y asignación de transferencias en materia de Casinos, Juegos y apuestas —D.O.G. 2-4-1985— serían atribuidas las competencias en materia de juegos y apuestas en la comunidad Autónoma, recibe en su despacho oficial a don Juan Carlos O.F.; entrevista concertada días antes, por mediación de don Javier R. P., hermano de quien entonces era presidente del Parlamento gallego y que de una parte simplemente conocía al Sr. B. y, de otra, sí tenía relación con el Sr. O., como consecuencia de que con él —y en unión de un tercero— compartía las dependencias de un inmueble, en Madrid, en el que se hallaban sus despachos profesionales. En aquella conversación, el Sr. O. expuso al Sr. B. su deseo de solicitar la autorización para la puesta en práctica del juego de boletos en la Comunidad Autónoma de Galicia; materia transferida a la competencia de la Comunidad Autónoma con efecto de 1 de enero de 1985, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 228/85, de 16 de febrero y que, como quedó dicho, habría por entonces de ser legalmente promulgada. En aquella conversación, el Sr. O. hizo especial énfasis sobre el enfoque, planificación y proyectos de puesta en práctica del juego de boletos; cuestiones sobre las que afirmaba haberse preocupado, contrastando criterios organizatorios de implantación de tal modalidad de juego, en general y con referencia concreta a alguna Comunidad Autónoma en la que la misma venía desarrollándose. Al final de la entrevista, el Sr. B. indicó al Sr. O. se dirigiera a la Dirección General de Justicia y Gobernación, por ser éste el órgano competente sobre la materia; la Dirección General se hallaba entonces ubicada en calle República del Salvador, lugar distante del en que tenía su sede el titular de la Consellería, y que por dicho motivo tenía registro propio e independiente en los términos de la Ley de Procedimiento Administrativo.

II. El 28 de octubre de 1985 el Sr. O. presenta en la mencionada Dirección General (n.º de registro de entrada 3428), en nombre de la «Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A.», la siguiente solicitud: «ILMO. SR.: SOCIEDAD GENERAL DE JUEGOS DE GALICIA, S. A., representada por don Juan Carlos O. F., con domicilio en Madrid,

S. 6, y D.N.I., n.º comparece ante V. I. y EXPONE: Que la recientemente aprobada Ley del Juego en el territorio de la Comunidad de Galicia, admite la posibilidad de organización de juego de boletos, mediante autorización administrativa. Que la sociedad que representa cree reunir la totalidad de los requisitos exigidos en la normativa aplicable para ser titular de una autorización administrativa para poder organizar el juego de boletos. Que dicho juego, cuyas mínimas normas de organización se adjunta, goza de la transparencia debida para evitar situaciones fraudulentas y se plantea desde el principio de respeto a los derechos del jugador, con una devolución del dinero recaudado en premios, en proporción al 50 por 100, así como las posibilidades del debido control por parte de la Administración. Por lo que SUPLICA a V. I. tenga por presentado este escrito y tras las comprobaciones e informaciones técnicas que V. I. tenga por conveniente, se digne conceder, de acuerdo con la normativa vigente en Galicia, a SOCIEDAD GENERAL DE JUEGOS DE GALICIA, S. A., la autorización administrativa para la organización del juego de boletos. Santiago, 9 de octubre de 1985. Firmado. Juan Carlos O. F.» De esta solicitud se dio cuenta al Sr. B., y, en base a la misma, acordó, teniendo en cuenta el asesoramiento verbal de Organos Superiores de la Consellería, abrir el correspondiente expediente, al que se incorpora documentación sucesivamente presentada por el Sr. O. Transcurridos más de cuatro meses —período en el cual se había desarrollado un proceso electoral y formación de Gobierno— el procesado, que volvió a ocupar los cargos anteriormente señalados (vicepresidente del Gobierno y conselleiro de la Presidencia), dictó en el referido expediente la siguiente resolución: «VISTA la solicitud presentada por don Juan Carlos O. F., con D.N.I., n.º, con domicilio en S. 6, Madrid, en nombre y representación de la Sociedad General de Juegos de Galicia, S.A., con el objeto de que se le autorice la organización del juego de boletos previsto en el artículo 6.d) de la Ley Reguladora de los Juegos y Apuestas en Galicia, de 24 de septiembre de 1985. VISTO el R. D. 1067/81, de 24 de abril, en aplicación de la Disposición Adicional Segunda de la mencionada Ley. CONSIDERANDO que la Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A., reúne los requisitos necesarios para la organización del juego que solicita y que las Normas de desarrollo que propone se ajustan a lo previsto en la reglamentación vigente. CONSIDERANDO que es conveniente para la organización y control del desarrollo del citado Juego de Boletos, el otorgamiento del mismo a una persona jurídica con carácter de Sociedad Mercantil, que se responsabilice de todos los aspectos de esta organización y su funcionamiento, y no directamente a los establecimientos particulares que actúen de expendedores, evitando así todos los gastos que supondría la creación de una administración exclusivamente dedicada a este fin. En virtud de las competencias que me otorga el artículo 23 de la Ley Reguladora de Juegos y Apuestas en

Galicia. RESUELVO Autorizar a la SOCIEDAD GENERAL DE JUEGOS DE GALICIA, S. A., el desarrollo de toda la organización del Juego de Boletos de Galicia, en sus diversas modalidades, previsto en el artículo 6.d) de la Ley Reguladora, en los siguientes términos: 1) la práctica y desarrollo del juego de Boletos en todas sus modalidades, se ajustará a las normas de esta autorización y a lo que se establezca en el Reglamento de dicho juego que se dicte por la Xunta de Galicia; 2) el juego a que se refiere la presente autorización se producirá mediante la adquisición de los boletos en los establecimientos previamente autorizados, a cambio del pago de un precio cierto, lo que posibilita, en su caso, la obtención de un premio en metálico; 3) únicamente podrá practicarse el juego con los boletos autorizados por la Consellería de la Presidencia; 4) el precio del boleto será fijado por esta Consellería a propuesta de la Sociedad organizadora, entre un máximo de 500 y un mínimo de 50 pesetas; 5) desde la notificación de la autorización presente la sociedad dispondrá de seis meses para formalizar ante la Consellería de Hacienda una fianza por importe del 20 por 100 del capital social y, en todo caso no inferior a cinco millones de pesetas, pudiendo utilizar la fórmula del aval bancario. Dentro del mismo plazo presentará las normas definitivas de organización del juego, que quedarán depositadas, un ejemplar en la Consellería de Presidencia y otro en la de Economía y Hacienda; 6) se prohíbe la venta de boletos a los menores de edad, y 7) la autorización se extinguirá por el incumplimiento de cualquiera de las prescripciones contenidas en la misma o en el Reglamento que regule el Juego de Boletos. Santiago, 18 de marzo de 1986». Esta resolución es comunicada con fecha 21 de marzo de 1986 (registro de salida de la Dirección General de Justicia y Gobernación, n.º 1022). No aparece probado que el procesado conociese que la Sociedad en cuya representación actuaba el Sr. O. no estuviese constituida. Con referencia a la fecha de autorización —18 de marzo de 1986— habían ya sido realizados los siguientes actos tendentes a la formalización de la Sociedad:

a) Certificación del Registro General de Sociedades Mercantiles (D. G. de los R. y del N.-M.º de Justicia) relativa a la denominación social —Registro de salida de 4 de octubre de 1985—; b) Solicitud de registro de nombre comercial-Registro de la Propiedad Industrial, figurando como solicitante a tenor del propio documento, «Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A., en vías de constitución, y, en su nombre y como socio gestor don Juan Carlos O.F.» —fecha de presentación de 28 de enero de 1986. La escritura de constitución se otorgaría el día 7 de abril de 1986 ante el Notario de Madrid don Isidoro L. T. R. (escritura, n.º 761/1986) y, según la misma, los comparecientes, don Juan Carlos O. F., don Fernando V. C. y doña María del Carmen O. F., constituyen la «Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A.», cuyo capital social de 100.000 pesetas queda totalmente suscrito y desembolsado de

la siguiente forma: don Juan Carlos O. F., 98 acciones; don Fernando V., una acción y doña María del Carmen O., una acción; la inscripción registral se efectúa el 30 de junio de 1986.

III. Con posterioridad a la autorización de 18 de marzo de 1986, se impulsa por la Xunta, y más directamente por las Consellerías de Presidencia y de Economía y Hacienda, el desarrollo reglamentario de la Ley reguladora del Juego y Apuestas; desarrollo que cristalizó primeramente en los Decretos 166 y 167/1986, de 4 de junio, por los que se aprueba el Catálogo de Juegos de la Comunidad Autónoma de Galicia y se regula el juego de boletos respectivamente (D.O.G. de 13 de junio); por esta razón y dado que los criterios propugnados por la Consellería de Presidencia informadores de aquellas normas reglamentarias se caracterizaban por mayores rigorismo e intervencionismo de la Administración Autonómica, el procesado, contrastando el contenido de la autorización efectuada y la proyectada regulación —próxima a aprobarse—, recaba, en los términos que se dirá, sendos informes: uno, no formal, al Secretario General Técnico de la Consellería, Sr. G. C., y el otro, de manera formal, a la Dirección General de Administración Local y Gobernación, órgano entonces competente en materia relativa al juego; este segundo informe se recaba mediante nota interior —fecha 16 de mayo de 1986— que literalmente dice: «Adjunto le remito resolución de autorización de juego para que de forma reservada proceda a remitir informe con referencia a las cuestiones jurídicas que en la misma se plantean y posible anulación de dicha resolución.» Los informes emitidos, en forma oral por el Sr. G. C. y por escrito por el director General de Administración Local y Gobernación, Sr. S. B., son sustancialmente coincidentes en su contenido, que se refleja en el último de ellos —fecha 19 de mayo de 1986— y que dice: «ASUNTO: Informe sobre autorización a la Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A., para el desarrollo de la organización del juego de boletos de Galicia. Del examen de la resolución que se adjunta por la que se autoriza a la Sociedad de Juegos de Galicia, S. A., para el desarrollo de toda la organización del juego de boletos en sus diversas modalidades y analizados los condicionamientos que se imponen a la Empresa explotadora del citado juego, y a la vista del proyecto de reglamento que se está elaborando por esta Dirección General y de acuerdo con la petición de informe, he de señalar a V.E. lo siguiente: 1. La autorización considero que es perfectamente válida y produce los efectos jurídicos para los que fue otorgada, por los siguientes motivos: *a)* se fundamenta en la Ley Reguladora de los Juegos y Apuestas de Galicia [art. 6.d)], en el R. D. 1067/81, de 24 de abril, en relación con la Adicional Segunda de la Ley citada, y *b)* fue dictada por el Organismo competente (art. 23, Ley del Juego) y reúne los requisitos de los art. 40 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958; es decir, el procedimiento es el que le corresponde y la resolución está motivada. 2. La autori-

zación puede darse *ex-novo*, sería lo más aconsejable previas conversaciones con el representante de la empresa adjudicataria para sugerirle la renuncia a tal autorización. Otro procedimiento sería el de la anulación de la misma previa declaración de lesividad para el interés público y la ulterior impugnación ante la Jurisdicción Contenciosa (art. 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo). La declaración de lesividad podría realizarse por Orden de la Consellería (art. 56 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Y esto es cuanto tengo el honor de informarle.» A la vista de tales informes, y según se desprende de los mismos, las alternativas reflejadas son puestas en conocimiento del Sr. Olano; el cual se desplaza a Santiago, siendo recibido en su despacho por el procesado, que tras breve conversación, le remite a los citados director general y secretario general técnico para que aborde con ellos la situación creada; después de las conversaciones mantenidas, y luego de consultar con sus abogados, días después —el 23 de mayo— presenta, dirigido al Sr. Conselleiro, el siguiente escrito: «JUAN CARLOS O. F., con D.N.I., n.º, con domicilio en Serrano, n.º 6, Madrid, en nombre y representación de la Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A., manifiesta a V. E. lo siguiente: 1. Después de las conversaciones mantenidas con el director general de la Administración Local y a la vista del proyecto que se está elaborando para la regulación del juego de boletos, hemos considerado que debíamos renunciar a la autorización concedida a esta Empresa para la organización del Juego de Boletos en Galicia, en fecha 18 de marzo de 1986. 2. En consecuencia, solicitamos de V. E., a) que acepte nuestra expresa renuncia a la autorización a la que hace referencia en el apartado anterior y b) que nuestra petición de autorización de fecha 28 de octubre de 1985, continúe viva, manteniendo su virtualidad y sea tramitada de acuerdo con el Reglamento que se apruebe y en competencia con las solicitudes que, con la misma finalidad, puedan presentarse.» A la luz de tal escrito, el procesado dicta la siguiente resolución, cuya redacción lleva a cabo el Sr. Director General: «DECRETO: vista la solicitud presentada por don Juan Carlos O. F., en nombre y representación de la Sociedad General de Juego de Galicia, S. A., por la que se solicita se acepte la renuncia a la autorización concedida a la empresa que representa, por esta Consellería, de fecha 18 de marzo pasado, para la organización del Juego de Boletos en Galicia, he resuelto aceptar la misma, manteniendo viva la petición de autorización de fecha 28 de octubre de 1985 para su tramitación acorde con el Reglamento que se apruebe y en competencia con las solicitudes que con la misma finalidad puedan presentarse. Santiago, 26 de mayo de 1986.» Estos dos últimos documentos carecen de cajetín de registro.

IV. En este estado de cosas, y en vigor el indicado Decreto regulador del Juego de Boletos, el procesado acuerda que a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del mismo, se incluya entre los

puntos del orden del día de la reunión de la Comisión del Juego que se habría de convocar para finales de agosto, el relativo a informe de las solicitudes del Juego de Boletos, que en número de veintidós, aparecían presentadas; algunas con anterioridad y otras con posterioridad a la fecha de publicación del Decreto regualdor (13 de junio de 1986); entre las primeras figuraban dos anteriores a la resolución de 18 de marzo; la suscrita por D. Carlos Andrés G. M., con número de registro de entrada 718 de 10-3-86 y naturalmente la correspondiente a la «Sociedad General de Juegos de Galicia, S.A.», en virtud de la resolución adoptada con fecha 26 de mayo de 1986, antes transcrita, que, por lo que aquí interesa, decía: «[...] manteniendo viva la petición de autorización de 28 de octubre de 1985 para su tramitación acorde con el reglamento que se apruebe y en competencia con las solicitudes que con la misma finalidad puedan presentarse». La convocatoria —que tiene fecha de registro de salida 14 de agosto— fija el día de la reunión para el 26 de agosto, en la Delegación General de la Xunta de la ciudad de Pontevedra, e incluye como punto 4.º del orden del día el que textualmente dice: «Informe S/solicitudes presentadas *do Xogo* de Boletos»; asisten a la reunión como presidente el procesado Sr. B. en su condición de conse lleiro e la Presidencia; como vicepresidente don Víctor S. B. como director general de la Administración Local y Gobernación, y como vocales, en representación de la Consellería de Economía y Hacienda el Sr. M. M., director general de Tributos y Política financiera; en representación de la Consellería de Cultura y Bienestar Social, doña María Luz A. G., directora general de Turismo; en representación de A.G.E.O., don José Serafín P. S., y don Juan Ramón B. B., y en representación de A.B.I.G.A., don José F. A., actuando como secretaria, doña Monserrat B. Ch. Al iniciarse la sesión, el vocal don Serafín P. S. (que como se dijo formaba parte de la Comisión en representación de A.G.E.O., sociedad de la que era presidente y una de las solicitantes de autorización del Juego de Boletos), presenta escrito, en el que por motivos personales renuncia a su condición de miembro de la Comisión, en la que le sustituye el allí ya presente Sr. B. B., que era asesor jurídico de la Sociedad A.G.E.O.; renuncia y sustitución que son aceptadas en el acto (punto 2 del acta de sesión); permitiéndosele al Sr. P. permanecer en la reunión.

V. En cuanto al desarrollo de la reunión aparecen probados los siguientes extremos:

a) Que por el director general de la Administración Local y Gobernación, Sr. S. B., se depositaron sobre la mesa las 22 solicitudes y los documentos con ellas aportados, así como un listado de sucintas anotaciones sobre cada una de las solicitudes.

b) Que éstas y la respectiva documentación estuvieron a disposición de los asistentes.

c) Que ningún vocal recabó de la Secretaría de la Comisión, durante el período comprendido entre la convocatoria y la reunión, datos o el examen de aquéllas.

d) Que se abordó al referido punto 4.º sobre el que se debatió durante diez o doce minutos, evidenciándose criterios discrepantes en torno al órgano competente para el otorgamiento de las autorizaciones; zanjándose la cuestión por el procesado quien puso de manifiesto que, legal y reglamentariamente, ello era competencia de la Consellería de la Presidencia, e inquirió a los asistentes un pronunciamiento sobre el referido punto 4.º, sin que conste la literalidad del mismo; requerimiento al que no se formuló objeción alguna por los asistentes entendiéndose que hubo beneplácito al trámite del informe. Redactada el acta, al día siguiente, conjuntamente por la secretaria de la Comisión doña Monserrat B. y el vicepresidente de la Comisión Sr. S. B., plasmaron ambos el acuerdo referente al específico punto 4.º en los siguientes términos: «Infórmense favorablemente as vinteduas solicitudes presentadas para a concesión *do Xogo* de boletos»; sin que en esta redacción hubiere intervenido directa o indirectamente el procesado el cual se limitó a poner el Visto Bueno en el acta. Esta plasmación gramatical fue objeto de dos sucesivas correcciones: la primera, en la reunión de la Comisión de 5 de diciembre de 1986. Al inicio de esta reunión el Sr. M. entregó en mano a los miembros de la Comisión un escrito de observaciones en relación con los puntos que componían el orden del día de la misma, reiterando su parecer favorable a que la competencia autorizatoria le correspondiera a la Consellería de Economía y Hacienda, y, de otra, su parecer favorable al otorgamiento «[...] a una asociación de empresarios de máquinas recreativas con implantación en Galicia que abarcara el mayor número posible de éstos...», y en particular en cuanto a la aprobación del acta de la sesión anterior de 26 de agosto dice: «[...] manifiesta el total desacuerdo con el proceso de adjudicación de la Comisión del Juego de Boletos por la falta de noticias recibidas y por la no aceptación de las sugerencias que en este punto se hicieron por la Dirección General de Tributos y Política Financiera (se adjunta fotocopia).» Y el caso es que el punto 4.º de la referida sesión de 26 de agosto fue «anotado» así: «Tomouse coñecemento e informouse favorablemente que se admiten a trámite as vinteduas solicitudes presentadas para concesión *do Xogo* de Boletos.» La segunda modificación de la redacción del punto 4.º del acta de la sesión del 26 de agosto de 1986, tuvo lugar en la sesión de 9 de marzo de 1987, en la que de nuevo a instancia del Sr. M., manifestando que no se había recogido fielmente su protesta correctora en la reunión de 5 de diciembre, se efectúa otra redacción en el sentido de suprimir «informouse favorablemente...» por estimar «*non se emitiu informe*», quedando redactado de la siguiente forma: «Tomouse coñecemento de que se admiten a trámite as vinteduas solicitudes presentadas para a concesión *do Xogo* de Boletos.» La composición personal de

las dos últimas reuniones era distinta entre sí y en todo caso respecto a la de 26 de agosto de 1986.

VI. El 28 de agosto de 1986 el procesado don José Luis B. R. dicta la siguiente resolución —escrito número de registro de salida 2957— «VISTAS las solicitudes presentadas en petición de que se les autorice la explotación, práctica y desenvolvimiento del Juego de Boletos de Galicia, previsto en el artículo 6.d) de la Ley Reguladora de los Juegos de Apuestas en Galicia, incluido en el Catálogo de Juegos de la Comunidad Autónoma de Galicia aprobado por Decreto 166/86, de 4 de junio y desarrollado en el Decreto 167/86 de la misma fecha, por el que se regula el Juego de Boletos. VISTO el informe emitido por la Comisión de Juego en Sesión celebrada el día 26 de agosto de 1986, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento citado. CONSIDERANDO que la solicitud presentada por don Juan Carlos O. F. en nombre y representación de la Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A., revisado el expediente, y aparte de ser la primera presentada se encuentra entre las que reúnen los requisitos establecidos en el Decreto Regulador del Juego de Boletos. En virtud de las competencias que me otorgan los artículos 23 de Ley de Juegos y Apuestas de Galicia y 16 del Decreto 167/86, de 4 de junio. RESUELVO: Autorizar a la SOCIEDAD GENERAL DE JUEGOS DE GALICIA, S. A., para la explotación, práctica y desenvolvimiento del Juego de Boletos en Galicia, quedando obligada, la Empresa explotadora, al cumplimiento de todos los condicionamientos y en los plazos previstos en el Reglamento aprobado, para la puesta en venta de los boletos. Esta autorización se concede por un período de tres años, que podrá prorrogarse por períodos iguales (art. 8), en atención a la buena marcha económica de la empresa y a los volúmenes mínimos de venta que oportunamente se determinen.». En relación a esta resolución de autorización, el D.O.G., n.º 210 de fecha 29 de octubre de 1986 publica la Orden del mismo procesado, y dice: «Ilmo. Sr.: En el Real Decreto 228/85, de 16 de febrero, sobre el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de casinos, juegos y apuestas y en la letra B.1.h) se transfiere a la Xunta autorización administrativa para el juego de boletos en la Comunidad Autónoma, que se hallaba regulado en el Estado por el Real Decreto 1067/81, de 24 de abril. La Ley reguladora de los juegos y apuestas de Galicia en su artículo 6.d) establece que la explotación, práctica y desarrollo del juego de boletos sólo podrá realizarse previa autorización administrativa que, según el artículo 23.a) de la misma Ley es competencia de la Consellería de la Presidencia. Posteriormente se incluye el juego de referencia en el Catálogo de Juegos de Galicia, aprobado por el Decreto 166/86, de 4 de junio y se desarrolla reglamentariamente por el Decreto 167/86, de la misma fecha. La autorización habrá de con-

cederse a aquella empresa que se considere más conveniente entre las que reúnan los requisitos establecidos en el Decreto, previo informe de la Comisión de Juego de Galicia. Antes de la aprobación del Decreto y después de su aprobación se presentaron múltiples solicitudes de demanda de autorización de la explotación de este juego. Estudiadas y ordenadas por fechas de presentación se someten a informe de la Comisión de Juego de Galicia, la que lo emite en el sentido de informar que todas reúnen los requisitos establecidos en el Decreto regulador. Considerando cumplidas las exigencias reglamentarias y habiéndose producido suficiente concurrencia de solicitudes se dictó Resolución en 28 de agosto, resolviendo sobre dicha autorización solicitada. En consecuencia, en virtud de las competencias que me otorgan los artículos 23 de la Ley 14/85, de 23 de octubre y 16 del Decreto 167/86, de 4 de junio, HE DISPUESTO: Artículo primero. 1. Autorizar a la "Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A.", para la explotación, práctica y desenvolvimiento del juego de boletos de Galicia, quedando obligada la empresa explotadora al cumplimiento de todos los condicionamientos y en los plazos previstos en el Reglamento aprobado, para la puesta en venta de los boletos. 2. Esta autorización se concede por un período de tres años, que podrá prorrogarse por períodos iguales en atención a la buena marcha económica de la empresa y a los volúmenes mínimos de venta que oportunamente se determinen. Artículo segundo. Insértese en el Diario Oficial de Galicia para que la publicación de la presente Orden sirva de notificación a todas las empresas solicitantes de la organización, práctica y desarrollo del juego de boletos.»

VII. No aparece aprobada contraprestación económica alguna ni la existencia de otra motivación de carácter personal que influyese ilícitamente en el otorgamiento por el procesado de la autorización del Juego de Boletos a la «Sociedad de Juegos de Galicia, S. A.».

VIII. Con posterioridad a la autorización, el 5 de septiembre de 1986, el Grupo Franco y la entidad Cirsá, tras negociaciones con el Sr. O., adquieren por escritura pública la totalidad de las acciones de la «Sociedad General de Juegos de Galicia, S. A.», por su valor nominal y una cláusula a favor del Sr. O., mediante la cual éste percibiría, una vez puestos a la venta los boletos, una suma a modo de comisión de dicha venta que oscilaría, en función del número de boletos vendidos, entre 15 y 35 céntimos por unidad, hasta un importe máximo anual de 40.000.000 pesetas. Los nuevos accionistas elevan el 10 de septiembre de 1986 el capital social a 30.000.000 de pesetas. El cambio de accionariado y la ampliación de capital se comunican a la Xunta por sendos escritos con fechas de registro de entrada 25 de septiembre y 7 de noviembre de 1986.

IX. A consecuencia de una crisis del Gobierno Gallego ocurrida a finales de octubre de 1986, deja de pertenecer al mismo el procesado, pasando a ocupar el cargo de vicepresidente don Manuel Angel V. C., bajo cuyo mandato acaecen los siguientes hechos relacionados con el objeto del proceso:

a) Como consecuencia de previa desestimación de impugnación administrativa, se interpone por la entidad «Gallega de Boletos, S. A.» recurso contencioso, al amparo de la Ley 62/78; reclamado por la Sala de lo Contencioso el expediente administrativo a la Xunta, el recientemente nombrado Conselleiro de la Presidencia alega en defensa del acto impugnado, entre otras razones, las siguientes — escrito de alegaciones de 18 de noviembre de 1986— «A la vista de las mismas resulta absurdo, incoherente y temerario que esta sociedad reclame ante la jurisdicción la protección de sus derechos. Tenemos que entender, porque nada se dice en el requerimiento, que se acoge a lo establecido en el artículo 14 de la Constitución, en virtud de la transitoria 2.2 de la Ley Orgánica 2/79, es decir, desigualdad de oportunidades en el expediente, cuando, como queda dicho, se trata de una elección entre varias empresas que reúnan determinadas condiciones, entre las que se encontraba la reclamante, que a través de sus dos solicitudes ha dejado muy clara su sumisión a la normativa vigente representada por el Decreto 167/86, que ha sido cumplido estrictamente por la Administración. Ante estos hechos, resulta cuando menos sorprendente que cuando se resuelve por la Administración el expediente es cuando la empresa recurre considerándose dañada en su igualdad ante la Ley, y debemos de entender que de haber sido la favorecida no hubiera reproducido tal recurso en defensa de sus derechos, utilizando los medios que ofrece la Ley para los derechos fundamentales de la persona, cuando en realidad se trata de una sociedad y trata de meros intereses económicos. Esta Consellería se reafirma en la legalidad absoluta del otorgamiento realizado, en ejercicio de las competencias de apreciación del mejor y más conveniente modo de servir a los intereses jurídicos públicos de la Comunidad Autónoma, que se hallan adscritos a esta Consellería de la Presidencia por la legalidad vigente, resultando inaceptable la pretensión aducida de que tal decisión puede atentar contra derechos fundamentales de una sociedad, ya que de ser así, toda decisión de la Administración, podría ser, en definitiva, recurrida con tal pretensión, por el hecho de que la oferta de una empresa no fuese tomada en consideración por la Administración. Finalmente esta Consellería SUPLICA a la Sala tome en consideración las presentes alegaciones al objeto, en su caso, no admitir la posibilidad prevista en el artículo 7.2 de la Ley 62/78 en consideración a los altos intereses generales a que sirve la Administración de la Comunidad que precisa en todo caso de los intereses generados por las tasas fiscales que han de producir tal juego, y que, por otra parte, no produce

ningún daño irreversible en los intereses sociales que se pretende defender. Santiago de Compostela, 18 de noviembre de 1986.»

b) Por Orden de 9 de diciembre de 1986 (D.O.G. del 10) el Conselleiro de la Presidencia dispone: «Deixar sin efecto a resolución da Consellería da Presidencia recollida na Orde do 1 de Outubro de 1986, repoñendo as actuacións do expediente ó momento procedimental de recabar a preceptiva información do Ministerio do Interior relativo a Orde pública e seguridade cidadán.» Dicha Orden ha sido impugnada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la «Sociedad de Juegos de Galicia, s. A.», estando pendiente de resolución en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Con fecha 23 de enero de 1987 en escrito del Ministerio del Interior, que tiene entrada en la Xunta de Galicia el 29 de enero siguiente, dicho Ministerio informa favorablemente la solicitud, referente al Juego de Boletos, de la «Sociedad de Juegos de Galicia, S. A.».

c) Con fecha 7 de septiembre de 1987, en respuesta a interpelección parlamentaria, la Xunta de Galicia remite a la Cámara (B.O.P.G., n.º 175 de 6 de octubre) escrito en el que defiende la regularidad en la adjudicación por la Consellería de la Presidencia de la explotación del Juego de Boletos a la empresa «Sociedad de Juegos de Galicia, S. A.»

X. A mediados de septiembre de 1987 se cierra una situación de crisis política en la Comunidad Autónoma Gallega, consistente en la gestación, anuncio y presentación de una moción de censura contra el Gobierno de la Xunta; el debate parlamentario se desarrolla en la segunda quincena de septiembre; en el resultado de la moción reviste decisiva influencia la actitud del procesado que en unión de otros parlamentarios habían dejado de pertenecer a la minoría gobernante. En este estado de tensión y progresiva crispación políticas, y por esas fechas, don Angel M. C., que había sido Conselleiro de Ordenación del Territorio y Obras Públicas de la Xunta, y que, a la sazón, desempeñaba el cargo de delegado de la Xunta en Madrid, se entrevista en dicha ciudad con don Javier R. P., persona con la que ya anteriormente se había entrevistado don Mariano R. B., siendo vicepresidente de la Xunta; era objeto de tales entrevistas la posible existencia de un documento que podría ser comprometedora para el procesado don José Luis B. R., documento por cuya posible entrega u obtención se dieron por las personas intervinientes contradictorias versiones en el sumario y en el acto del juicio. Como consecuencia de la conversación del Sr. C. con el Sr. R., se desplazó aquél a Santiago (día 22 de septiembre) con el propósito de hacerse con tal imprecisa documentación en la Dirección General de Xusticia, Gobernación y Administración Local, con cuyo director general, Sr. S. B., se encuentra en la cafetería del complejo administrativo de la Xunta de San Caetano, y le pregunta si tenía fotocopias de documentación relativa a la autorización del juego de boletos a la «Sociedad General de

Juegos de Galicia, S. A.». El Sr. S. B. le manifestó que en su despacho se hallaba la documentación original; allí se trasladaron ambos, y sobre la mesa había dos carpetas: en una, documentación relativa a máquinas recreativas; en la otra, la referente al juego de boletos; al revisar las carpetas el Sr. C. se hizo con los documentos que aparecen relacionados en nota interior —fecha 22 de septiembre— que el Sr. S. B. remite al Conselleiro de la Presidencia en párrafo que se transcribe: «1. Nota interior del Conselleiro de la Presidencia, solicitando informe sobre escrito de autorización del Juego de Boletos de fecha 18 de marzo de 1986, anterior a la toma de posesión del que suscribe. 2. Informe emitido por el director general sobre la validez de la autorización, con soluciones alternativas. 3. Escrito del adjudicatario renunciando a la autorización concedida. 4. Decreto del conselleiro de la Presidencia, aceptando la renuncia. 5. Copia de la autorización del Juego de boletos, de 28 de agosto de 1986.» El Sr. C. lleva estos documentos a la Sede de la Xunta en el Palacio de Raxoi; después de una deliberación de altos cargos de la Xunta, deciden formular denuncia ante el Juzgado de Guardia de Santiago de Compostela; entre los documentos que se aportan con la denuncia no se incluye ninguno de los que integraban el expediente referido en la nota interior antes transcrita.

XI. Al día siguiente de la formulación de la denuncia se vota y se aprueba en el Parlamento gallego la moción de censura, con el consiguiente cambio en el Gobierno de Galicia.

1. INTRODUCCION

En sentencia de 17 de septiembre de 1990 el Tribunal Supremo (en lo sucesivo, TS) condenó al ex vicepresidente de la Xunta de Galicia, Xosé Luis Barreiro Rivas, como autor de un delito de *prevaricación* (1) del párrafo 1 del art. 358 del Código Penal, sin la concu-

(1) La prevaricación fue la única figura delictiva imputada por el Fiscal en su escrito de conclusiones definitivas. Ello no obstante, conviene aclarar que el escrito de denuncia (vid. epígrafe X de los hechos probados) formulado por altos cargos de la Xunta se basaba exclusivamente en los delitos de *falsedad* y *cohecho*. Con posterioridad, en el auto de procesamiento, dictado por el pleno de la extinguida Audiencia territorial, se desestima la imputación de la *falsedad*, se mantiene la del *cohecho* y se añade a esta última la acusación de un delito de *prevaricación*. Finalmente, sin embargo, el Fiscal solicitó el sobreseimiento del número 1 del art. 641 de la LECrim con relación al *cohecho*, puesto que —como señalaba el TSJG en su sentencia—, tras una exhaustiva investigación del patrimonio del procesado, de su esposa y de personas a él allegadas (análisis e inspección de cuentas corrientes, investigaciones policiales, certificaciones de Hacienda y de los Registros públicos, informes periciales de peritos contables y arquitectos, etc.), los resultados fueron exculpatorios.

rrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años y un día de inhabilitación especial. De este modo, el TS casa y anula la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) el 3 de octubre de 1989, en la que se absolvía al procesado del delito imputado (2).

Sobradamente conocida por la notoriedad del personaje enjuiciado, la sentencia del TS posee además, en sí misma, un indudable interés jurídico, debido a la diversidad de cuestiones sugestivas que plantea.

Cuestiones, ante todo, relativas al delito de prevaricación de funcionarios (tanto en su aspecto objetivo, como subjetivo), aunque trascienden incluso en alguna medida los límites de esta figura delictiva, al vincularse a problemas generales de la ciencia penal, que en la actualidad ocupan un lugar destacado en la atención de la doctrina científica.

Asimismo, la sentencia del TS ofrece, por añadidura, un interés constitucional, que será comentado brevemente al hilo del recurso de amparo presentado por Barreiro, el cual no fue ya siquiera admitido a trámite por el Tribunal Constitucional (TC) (3).

2. EL RECURSO DE CASACION DEL MINISTERIO FISCAL

Contra la sentencia dictada por el TSJG, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de ley, basado en los siguientes motivos: en primer lugar, por error de hecho en la apreciación de las pruebas; en segundo lugar, por falta de aplicación del art. 358-1 del Código Penal.

El TS desestima el primer motivo del recurso de casación, al entender que, para que dicho motivo prosperase, sería «necesario acreditar que la apreciación del Tribunal *a quo* fue errónea en base a una prueba documental propiamente dicha no contradicha por otra u otras y además que la equivocación sufrida tenga incidencia en la parte dispositiva de la sentencia, nada de lo cual ha ocurrido en este supuesto». No obstante, el TS estima que procede admitir el segundo motivo de casación.

(2) La sentencia del TSJG incorporaba un voto particular, formulado y redactado conjuntamente por dos de los cinco magistrados que componían la Sala de lo Penal del Tribunal gallego, en el que se disintió del parecer de la mayoría y se decidía que el procesado debía ser condenado por el delito del art. 358-1.

(3) El recurso de amparo fue elaborado por los letrados defensores (mis colegas los profesores H. Oliva e I. Ayala) y, gracias a su amabilidad, pude tener acceso al contenido del mismo. El 12 de noviembre de 1990 la sección cuarta de la sala segunda del TC (compuesta por los magistrados Gabaldón López, Rodríguez Bereijo y Rodríguez-Piñero), mediante una providencia, acordó por unanimidad no admitir a trámite la demanda, al entender que ésta «carecía manifiestamente de contenido constitucional».

En resumidas cuentas, lo primero que debe ser resaltado en el presente caso es que el TS considera probados *los mismos hechos* que, en su día, habían servido de base a la sentencia absolutoria del TSJG: el TS asume, por tanto, el relato fáctico del Tribunal gallego como verdad procesal intangible, pero entiende que los hechos que el TSJG declaró probados y que le condujeron a absolver al procesado son, en cambio —en su opinión—constitutivos de un delito de prevaricación.

3. LA FUNDAMENTACION JURIDICA DEL TS: LA TEORIA DE LAS INFERENCIAS

El recurso de casación prospera, por consiguiente, no porque haya existido error en la apreciación de la prueba, sino porque, dados los hechos declarados probados por el TSJG, se estima que se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo (motivo de casación previsto en el número 1 del art. 849 de la LECrim), al no haberse aplicado el art. 358-1 del Código Penal.

Ahora bien, la *peculiaridad* de este caso reside en la circunstancia de que, para fundamentar su sentencia condenatoria, el TS recurre además a la *teoría de las inferencias*, o sea, a «los llamados por la jurisprudencia juicios de valor, que esta Sala puede obtener, positiva o negativamente, al enjuiciar hechos psicológicos desde la perspectiva de la lógica, de la racionalidad y de las reglas de la experiencia humana» (p. 25 de la STS).

A mi juicio, sin embargo, los hechos probados deberían haber conducido a una sentencia absolutoria, tal y como entendió el TSJG, sin que, por otra parte, semejante conclusión, en modo alguno, pueda quedar desvirtuada a través de la aludida teoría de las inferencias.

En efecto, en mi opinión, el TS no logra rebatir la sólida fundamentación jurídica de la sentencia absolutoria del Tribunal de instancia y, por su parte, ofrece una argumentación a la que se pueden oponer objeciones de diferente tenor.

Ante todo, un reparo que refuta la premisa: el TS altera, en aspectos de relieve, los hechos que el TSJG declaró como verdad procesal. En segundo lugar, en la esfera de la antijuridicidad no puedo compartir, en cualquier caso, las razones de la subsunción de la conducta del procesado en el tipo de injusto del delito de prevaricación. Por último, y con independencia de lo anterior, en el terreno de la culpabilidad me parecen cuestionables determinados aspectos en el marco del enfoque epistemológico escogido por el TS para la constatación de los elementos subjetivos del delito.

4. LA MODIFICACION DE LOS HECHOS PROBADOS Y LA PROBLEMATICA CONSTITUCIONAL

4.1. La alteración de los hechos

En el razonamiento del TS se produce una modificación de hechos probados que no puede ser justificada mediante la teoría de las «inferencias» de hechos psicológicos, puesto que, o bien se trataba de datos puramente objetivos, empíricamente constatables, o bien eran hechos incontestables, incorporados al relato fáctico (declarado intocable, no se olvide, por el propio TS) por el Tribunal *a quo*, en el ejercicio de la facultad de libre valoración y apreciación de la prueba.

Así ocurre claramente en dos de los presupuestos fácticos *básicos* de los que arranca la argumentación del TS, los cuales aparecen consignados en la conclusión general contenida en el primer considerando jurídico de la sentencia.

En efecto, por una parte, el alto Tribunal indica en su relato histórico que la solicitud efectuada por el señor Olano en nombre de la sociedad anónima, Sociedad general de juegos de Galicia (SGJG), fue presentada «*inexplicablemente*» antes de la promulgación y entrada en vigor de la Ley que iba a regular el juego en Galicia y «en representación de una sociedad, todavía inexistente..., datos estos que eran *conocidos perfectamente* por quien desempeñaba, como el procesado, un cargo tan relevante...». Sin embargo, comenzando por la segunda afirmación, al relato del TS hay que oponer (sin perjuicio de lo que se dirá *infra* en el epígrafe 7) que el TSJG reflejó en el resultando de hechos que «no aparece probado que el procesado conociese que la sociedad en cuya representación actuaba el señor Olano no estuviese constituida». Y, con respecto a la primera, hay que recordar, asimismo, que, a partir de los hechos declarados probados por el TSJG, no sólo no resulta «inexplicable» (y, como veremos después, sin que ello tenga, por supuesto, trascendencia penal alguna), sino al contrario, claramente explicable, que el Sr. Olano presentase dicha solicitud, dado que —como recogía el TSJG en su sentencia— en el momento de la presentación (28 de octubre de 1985) hacía ya más de un mes que se había aprobado por el Parlamento de Galicia la Ley reguladora de los juegos y apuestas (4). Tal circunstancia proporcionaba un conocimiento público de la materia, sin perjuicio, por cierto —subrayaba, como dato muy importante, el TSJG—, de que, en cualquier caso, la Comunidad autónoma gallega había asumido ya, previamente, la función relativa a la autorización administrativa para el juego de bole-

(4) La sesión se celebró el día 24 de septiembre de 1985 y la ley fue publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia (n.º 475) el día 30 del mismo mes.

tos (5) y dicha función había sido asignada al Conselleiro de la Presidencia (6), lo cual ofrecía una cobertura normativa en la materia.

El segundo presupuesto fáctico modificado por el TS consiste en entender que «ni siquiera se había publicado... la Ley correspondiente cuando se hizo la primera concesión». Con este aserto se incurre, lisa y llanamente, en un craso error a la hora de la determinación de las fechas, puesto que la primera de las autorizaciones efectuadas por Barreiro tuvo lugar el 18 de marzo de 1986, mientras que la —antes citada— Ley reguladora del juego (Ley 14/1985, de 23 de octubre) fue publicada en el *Diario Oficial de Galicia*, el 20 de noviembre de 1985. La cuestión reviste notoria importancia por cuanto en ella pone especial énfasis el TS para «calificar como doloso el comportamiento del procesado»: en efecto, lo «decisivo» para tal calificación, el «hecho nuclear» es —en palabras del TS— «que la concesión se hace, a espaldas de cualquier publicidad, antes incluso de tener cobertura legal para llevarla a cabo...».

Además de la modificación de los hechos en los presupuestos que se acaban de mencionar (y con independencia ahora de otras alteraciones que comentaré, a efectos expositivo, en otros apartados de este trabajo), interesa llamar la atención aquí sobre otras dos importantes variaciones en los hechos operadas por el TS.

En primer lugar, el TS explica el motivo de la anulación de la primera autorización de un modo que —en su opinión— permite evidenciar la «malicia» del procesado, habida cuenta de que éste «había incurrido en muy graves irregularidades». Sin embargo, con relación a este punto el TSJG explicaba, *como hechos probados* (y no como valoraciones jurídicas) de una manera muy distinta los criterios que movieron a Barreiro a proponer la anulación: criterios *válidos y legítimos* (7), sin que, por otra parte, de los antecedentes de hecho pueda colegirse, en forma alguna, (como se deduce de lo que se acaba de indicar y de lo que veremos posteriormente) la existencia de «muy graves irregularidades» en su actuación.

Por último, hay que destacar una divergencia sustancial en el relato histórico que efectúa el TS y que también le va a servir de prueba para fundamentar la condena del acusado. Se trata de lo sucedido en la sesión de la Comisión del juego de Galicia el día 27 de agosto de 1986. Centrándonos en este momento sólo en las conclusiones en las que un Tribunal y otro resumen su relato de los hechos, podemos observar algo sorprendente. Tras haber valorado exhaustivamente —asegura el TSJG en su sentencia— las pruebas, documental y testifi-

(5) En virtud del Real Decreto 228/1985, de 16 de febrero.

(6) A través del Decreto 45/1985, de 21 de marzo (*Diario Oficial de Galicia*, del día 2 de abril).

(7) Vid. *Infra*, 6.4.3.

cal, practicadas, se sienta como *hecho probado* —objetivo y constatable empíricamente— que en la aludida sesión «hubo beneplácito al trámite del informe». En cambio, el TS «infiere» que «no hubo, por tanto, y en la realidad, Informe de la Comisión del Juego» (8).

4.2. El recurso de amparo y la providencia del Tribunal Constitucional

A la vista de lo que se acaba de exponer y de acuerdo con el contenido del recurso de amparo interpuesto por el procesado, procede efectuar una serie de precisiones desde la perspectiva constitucional.

En efecto, según se indicó anteriormente, la sección cuarta de la sala segunda del TC acordó mediante providencia de fecha 12 de noviembre de 1990 no admitir ya siquiera a trámite la demanda de amparo. Para adoptar tan drástica resolución, la aludida sección del TC estima que concurre uno de los supuestos de inadmisión fijados en la ley: «que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional» (art. 50.1, apdo. c), de la LOTC).

La resolución de la mencionada sección del TC es, a mi juicio, cuestionable. Para entenderlo así, y prescindiendo aquí del examen de otros derechos fundamentales (9), baste con examinar brevemente el que, a mi juicio, constituiría el motivo esencial del recurso y cuyo rechazo no aparece justificado por el TC: la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por haberse producido indefensión del acusado.

En este sentido, sobre la base de la alteración de los hechos reflejada en el epígrafe anterior, cabría construir el siguiente silogismo. Negar que existe una modificación de los hechos probados es imposible, toda vez que la comprobación de la misma pertenece al ámbito de lo irrefutable. En segundo lugar, negar que esos mismos hechos modificados han servido de base para fundamentar la condena sería negar la evidencia, puesto que es el propio TS el que reitera en diversas ocasiones que tales hechos acreditan —en importante e incluso decisiva medida— la injusticia de las resoluciones y la «malicia» del acusado. Pues bien, si a las proposiciones anteriores se añade que es doctrina inequívoca del propio TC estimar que hay indefensión cuando el juzgador «no se atiene al examen de los hechos que se consideren probados» (cfr., p. ej., STC 12/1987, de 4 de febrero), ¿cómo es posible que el TC afirme que el recurso de amparo carece *manifiestamente* de contenido constitucional y, por tanto, *ni*

(8) Vid. ampliamente *Infra*, 6.4.4.1.

(9) En la demanda de amparo se invocaban también: el principio de igualdad ante la ley y la presunción de inocencia. A lo largo del presente comentario se aludirá incidentalmente a tales derechos.

siquiera acepte que dicho recurso carece *simplemente* de tal contenido? El interrogante se ve reforzado, cuando se comprueba, además, la magnanimidad del alto Tribunal en sus admisiones a trámite.

El TC *no contesta*, desde el punto de vista de la *indefensión*, a la cuestión (ampliamente expuesta y plenamente documentada en el recurso de amparo) que, a mi juicio, podría calificarse de nuclear. Es cierto que se hace eco de ella en relación con la vulneración del principio de igualdad, apuntada de forma alternativa y subsidiaria por el recurrente: pero, sorprendentemente, el TC aclara que «una cosa es la vinculación a los hechos probados (hechos que pueden ser variados en casación —art. 849-2 LECrim—) y otra muy distinta que el TS quede vinculado por la calificación jurídica efectuada por el Tribunal de instancia». Nadie podrá poner en duda el aserto del TC, mas con ello en modo alguno rebate lo que se le plantea. Lo que se sometía a su consideración era que el TS, pese a decir que no modifica los hechos, sin embargo (*por error material o por aplicación indebida del criterio de las inferencias*) sí altera su sagrada «intangibilidad» (modificando incluso, por tanto, hechos *no contenidos* en el recurso del Fiscal) por una vía no permitida en el Ordenamiento jurídico, porque —es menester insistir en ello— no los varía por el cauce del citado art. 849-2 (10).

5. LA PROBLEMÁTICA JURIDICO-PENAL

5.1. La necesaria separación entre lo objetivo y lo subjetivo y el ámbito de la teoría de las inferencias

Pasemos a estudiar el aspecto jurídico-penal, ya que, con independencia de la problemática constitucional, lo cierto es que —como anticipé más arriba— no puedo compartir la idea de que los hechos

(10) Obsérvese, por lo demás, que el motivo de anticonstitucionalidad expuesto operaría con independencia de otra causa invocada en el recurso de amparo: la posible conculcación del derecho de defensa, por alteración de los términos del debate procesal. En efecto, el Fiscal *supeditaba expresamente* —como no podía ser menos— la apreciación de la prevaricación a la previa aceptación por parte del TS de todas o de algunas de las diez modificaciones de los hechos que solicitaba en su recurso; tales variaciones, empero, no fueron admitidas por el TS. Ciertamente, le asiste aquí toda la razón al TC cuando en su providencia razona que no se produce una incongruencia *extra petitia*, pero el problema radica, de nuevo, en que no era en la órbita jurídica donde la demanda de amparo impugnaba la incongruencia, sino en el terreno de lo *fáctico*, por vulneración del principio de contradicción procesal: la defensa *se limitó* en la vista oral (dada la inequívoca concatenación de los motivos casacionales) a rebatir las modificaciones postuladas por el Fiscal, el cual nunca sostuvo en su informe que con *los mismos hechos* declarados probados por el TSJG pudiera llegar a condenarse por un delito de prevaricación. En suma, ni la defensa tuvo oportunidad de demostrar, en segunda instancia, ante el TS que tales hechos no eran constitutivos de delito, ni, por supuesto, pudo defenderse nunca frente a las inferencias del TS.

anticipé más arriba— no puedo compartir la idea de que los hechos enjuiciados sean constitutivos de delito.

Efectivamente, en primer término, la resolución dictada por Barreiro no puede ser calificada —en mi opinión— de «injusta» y, por ende, no se puede formular ya el juicio de antijuridicidad característico de la figura delictiva de la prevaricación. Y esto es lo que me propongo demostrar a continuación.

Ahora bien, dado que esa demostración presupone también, al mismo tiempo, rebatir la argumentación del TS, resulta imprescindible efectuar una serie de consideraciones previas, referentes al razonamiento sistemático en Derecho Penal. Tales consideraciones van referidas a dos extremos: por una parte, a la necesidad de delimitar de forma nítida los aspectos objetivos que atañen a la antijuridicidad y los aspectos subjetivos que afectan a la culpabilidad; por otra parte, a la conveniencia de señalar con claridad qué papel desempeña en el razonamiento jurídico el proceso de las «inferencias».

Que lo que se acaba de indicar no es ocioso lo atestigua el hecho de que determinadas apreciaciones del TS pueden generar cierta confusión e inducir a algunos equívocos que de antemano convendría deshacer. En efecto, llegado el momento de examinar cuáles son las razones que fundamentan la prueba de la sentencia condenatoria, el TS realiza un análisis conjunto de lo objetivo y lo subjetivo (11), sin revelarnos con exactitud qué hechos son relevantes para la antijuridicidad y cuáles son, en cambio, determinantes para la culpabilidad. De este modo, no se respeta plenamente la necesaria separación entre ambos planos, de tal manera que, al socaire de la teoría de las inferencias, en la labor de fijación del juicio de antijuridicidad puede apreciarse en algunos casos una contaminación de referencias culpabilísticas, pertenecientes al ánimo del autor. Y ello hasta el punto de que en la argumentación del TS se llega incluso a efectuar una inversión metodológica: la (previa) convicción de que el procesado obró —a su entender— con «malicia» es utilizada posteriormente por el Tribunal para contribuir a fundamentar la existencia de un dato objetivo (así ocurre en la valoración del informe de la comisión del juego) (12).

En resumidas cuentas, en el marco de la sistemática causalista-valorativa (en el cual se desenvuelve la argumentación del TS) ha de quedar claro que la primera operación intelectual que debe llevar a

(11) Vid. pp. 29 y ss. En p. 29 de la sentencia el TS afirma que va a examinar «aquellos puntos de los que nace la prueba de que la resolución... fue injusta y dictada a sabiendas de su injusticia».

(12) Vid., *Infra*, 6.4.4.1. para una explicación detallada de la valoración que el TS efectúa de dicho informe.

cabo el intérprete consiste en averiguar, con arreglo a un juicio *objetivo* de desvalorización, si el comportamiento humano que se analiza puede ser calificado como antijurídico (en el presente caso, si un funcionario público ha dictado una resolución injusta en asunto administrativo y no concurre causa de justificación alguna). Sólo cuando ha llegado a la conclusión de que la conducta examinada es antijurídica, tendrá sentido que entre a dilucidar si la realización del tipo de injusto se ha verificado con dolo (malicia) y si la infracción de la norma de Derecho puede ser reprochada subjetivamente a su autor (juicio de culpabilidad).

Por otra parte, es evidente que, en la labor hermenéutica apuntada, el criterio de las inferencias debe quedar circunscrito exclusivamente, en cuanto método interpretativo, a constatar presupuestos *subjetivos* del delito, los cuales, precisamente por pertenecer al interior de la *psique* humana, sólo pueden ser acreditados a partir de datos externos, objetivos y probados.

Veamos entonces, con algo más de detenimiento, estas dos cuestiones por separado, con el fin de precisar algunos aspectos.

5.2. El carácter *objetivo* de la injusticia de la resolución

Puesto que no hay duda alguna de que en el supuesto comentado un funcionario público dicta una resolución en asunto administrativo, el interrogante que debe despejarse estriba en saber si dicha resolución merece ser calificada de «injusta», a efectos de integrar el tipo del párrafo 1 del artículo 358 del Código Penal. Y éste es el aspecto medular de la cuestión. Consecuentemente, la pregunta —objeto de indagación preferente por el TS— acerca de si el sujeto activo ha obrado con «malicia» (comprensiva de la conciencia de la antijuridicidad) sólo se puede contestar, obviamente, después de haber llegado a la conclusión de que la resolución fue injusta.

Por lo demás, interesa subrayar que —al margen ya de elementos subjetivos pertenecientes a la culpabilidad— existen ocasiones en las que, ciertamente, afirmar la presencia de algunos elementos del tipo de injusto comporta, inevitablemente, recurrir a momentos subjetivos; pero esto no ocurre en el delito de prevaricación, en el cual el juicio objetivo sobre la antijuridicidad recae, además, sobre aspectos exclusivamente *objetivos* de la acción. En nuestro Código Penal el requisito de la injusticia debe ser determinado con arreglo a pautas objetivas: la resolución citada ha de ser *objetivamente* injusta. La doctrina española se ha pronunciado al respecto de forma unánime con argumentos contundentes en favor de una caracterización objetiva de la injusti-

cia (13). Caracterización que, desde la perspectiva analizada, es perfectamente compatible, en su caso, con la adopción *parcial* de una teoría intermedia, como la llamada «teoría de los deberes» de Rudolphi (14), que podría ser utilizada como complementaria en aquellos supuestos en los que la ley ofrece diversas interpretaciones posibles (leyes multívocas y discrecionales).

5.3. La inaplicabilidad de la teoría de las inferencias en la interpretación de hechos objetivos

De todo lo anterior se desprende, por tanto, que la constatación de los elementos (incluida la «injusticia») del tipo de injusto contenido en el art. 358-1 debe llevarse a cabo con arreglo a pautas objetivas.

Sentado esto, es evidente que el recurso a la teoría de las inferencias de hechos psicológicos incurriría en una petición de principio, si pretendiese ser utilizado como método interpretativo para fundamentar la tipicidad del comportamiento. De acuerdo con la doctrina del TC y de la propia sala segunda del TS, el criterio de las inferencias se formula con el fin de poder constatar elementos subjetivos del delito (v. gr. *animus necandi*, *animus iniuriandi*) a través de datos externos —declarados probados en el juicio histórico— y, de esa manera, poder fundamentar la conclusión de que existió un determinado hecho delictivo, p. ej., un homicidio frustrado (y no simplemente lesiones) o un delito de injurias. Ahora bien, dicho criterio no se podrá adoptar, en un sentido inverso, o sea, para contribuir a valorar el significado de datos puramente objetivos.

Es cierto que el propio TS reconoce, correctamente, en el único fundamento de derecho de la nueva sentencia dictada cuál es la esfera de aplicación de la teoría de las inferencias (15), pero —según se

(13) Vid. Octavio de Toledo y Ubieto, E.: «La prevaricación del funcionario público», Madrid 1980, pp. 353 y s. (En general, sobre las diversas teorías existentes, vid., pp. 337 y s.). Vid. también, García Arán, M., «La prevaricación judicial», Madrid, 1990, pp. 110 y ss.; Muñoz Conde, F., «Derecho Penal. Parte Especial», 6.ª ed., Valencia, 1990, pp. 749 y 751; Orts Berenguer, E., «Derecho Penal. Parte especial», Valencia, 1990, de Cobo-Vives-Boix-Orts-Carbonell, pp. 447 y 451.

(14) Rudolphi, H. J.: «Zum Wesen der Rechtsbeugung», en *ZStW*, 1970, pp. 611 y ss. Para los difíciles casos de aplicaciones de «leyes multívocas», de la «discrecionalidad» y, en general, de las decisiones «defendibles», se inclina en nuestra doctrina Octavio de Toledo (*op. cit.*, pp. 348 y ss. y 356) por recurrir a la teoría del autor alemán. Comparte esta idea, García Arán, *op. cit.*, pp. 118 y s.).

(15) Vid. pp. 48 y ss. de la STS. En concreto, tras un largo relato cronológico de todos los hechos, en p. 54 el TS distingue nítidamente la «injusticia» del elemento culpabilístico, y en relación a este último, encerrado en al expresión «a sabiendas», reconoce que es este elemento el que debe ser definido como «un hecho de naturaleza psicológica que sólo es detectable y descubrible en virtud de hechos exteriores...».

indicó— en determinados aspectos de la argumentación de la sentencia de casación se mezclan los planos objetivo y subjetivo, de tal suerte que entonces el proceso de las inferencias puede incidir en la exégesis de datos objetivos.

En otro orden de cosas, y una vez fijado el ámbito de operatividad de la teoría de las inferencias, conviene precisar que, en el caso que nos ocupa, la relevancia de la misma se presenta en términos *relativos*, en la medida en que la punibilidad del comportamiento de Barreiro no depende *tan sólo* de la comprobación del elemento subjetivo (o, al menos, no era esa la cuestión jurídica fundamental planteada por el TSJG). La sentencia absolutoria del Tribunal de instancia se basaba *ante todo* en sostener que, a la vista de los hechos probados, la conducta del procesado no podía ser considerada ya como típica, desde el momento en que la resolución dictada no se reputaba «injusta».

Innecesario es decir que el TS puede, naturalmente, llegar a la conclusión de que esos mismos hechos probados integran el tipo de injusto del delito de prevaricación; mas entonces hay que demostrar (sin anticipar momento subjetivo alguno y sin que sea posible recurrir a la teoría de las inferencias) que el razonamiento jurídico sobre la antijuridicidad construido en la sentencia del TSJG era erróneo y, consecuentemente, que la resolución era objetivamente injusta. Sin embargo, a mi juicio, el TS no demuestra ni una cosa ni otra.

5.4. Conclusión. Precisiones sobre la «malicia»

En síntesis, de acuerdo con lo que se acaba de indicar, procede analizar a continuación, a la vista de los hechos probados, los argumentos invocados por el TS para afirmar la tipicidad del comportamiento, dejando de momento al margen toda la serie de inferencias basadas en hechos psicológicos que permiten al alto Tribunal acreditar la «malicia», dado que esto pertenece a otro (y posterior) nivel sistemático en la estructura de la teoría del delito. No obstante, antes de pasar a realizar dicho análisis conviene efectuar una serie de precisiones sobre la malicia al hilo de la argumentación seguida por el TS.

Resulta significativo, al respecto, comprobar cómo en la sentencia del TS se despliega ya desde el comienzo un especial empeño para acreditar la «malicia» con la que actuó el procesado. Parece como si —al haber quedado desvanecidas durante el proceso las sospechas de un móvil económico ilícito en la conducta del acusado— fuese nece-

sario acreditar la concurrencia de un especial propósito prevaricador previamente asumido (16).

El esfuerzo cobraría sentido si el tipo de injusto de la prevaricación exigiese un determinado móvil como elemento subjetivo de la antijuridicidad o bien si la determinación de la *injusticia* de la resolución se llevase a cabo sobre la base de un criterio subjetivo (17). Obsérvese, empero, que, de un lado, la *injusticia* de la resolución debe ser entendida —según se indicó— sobre la base de pautas objetivas y, de otro, que el tipo de injusto del delito de prevaricación no requiere elemento subjetivo alguno. El delito del párrafo 1 del art. 358 exige, ciertamente, que la resolución se dicte «a sabiendas»; pero este elemento anímico no pertenece al ámbito de la antijuridicidad, sino al de la culpabilidad, y, en consecuencia, se trata de una expresión que se identifica con el dolo y que no encierra, por tanto, más elementos que el conocimiento y la voluntad propios del dolo (18). Por consiguiente, el problema interpretativo que plantea la «malicia» en el delito en comentario es el problema común a todos los delitos dolosos: simplemente, se reduce a averiguar (de acuerdo con la concepción sistemática adoptada) si el sujeto activo conoce los elementos del hecho y su significación antijurídica y si, pese a ello, quiere ejecutarlos.

Y, en este sentido, hay que subrayar que en tanto en cuanto no se demuestre que la resolución fue objetivamente injusta (en los términos que veremos) ninguna relevancia comporta a efectos penales

(16) Es muy importante recordar aquí que, pese a que en el auto de procesamiento se imputaba un delito de *cohecho*, el Fiscal solicitó el sobreesimiento del n.º 1 del art. 641 de la LECrim, y así lo puso de relieve en el escrito de conclusiones definitivas. Ello no obstante, en este último se contenía una alusión imprecisa al móvil de la actuación de Barreiro («... bien, como parece más verosímil, por una contraprestación, o por otra causa...»), que fue objeto de puntualización por parte del TSJG en su sentencia. En efecto, en esta última se declaraba, por una parte, que tal alusión carecía de respaldo, puesto que ninguna actividad probatoria se había desplegado por la acusación en el acto del juicio oral respecto a este punto y, por otra parte, que, a tenor de la prueba practicada, el Tribunal erradicaba «del cuadro de motivaciones, en la actuación del procesado, todo lastre presuntivo que influya peyorativamente en la valoración de la conducta».

(17) Para una exposición (y crítica) de la teoría subjetiva, vid. por todos Octavio de Toledo: *op. cit.*, pp. 341 y ss.

(18) Y a la misma conclusión hay que llegar, si se parte de otra concepción sistemática del delito. En este sentido, claramente, con relación a la prevaricación judicial, vid. García Arán, *op. cit.*, p. 124 (quien subraya que la citada expresión no supone un especial elemento subjetivo del injusto distinto del dolo). Lo único que divide a la doctrina en la interpretación de este elemento anímico es la opinión sobre el *grado* de voluntad que el mismo implica, o sea, qué clase de dolo exige (directo o eventual), vid. ampliamente sobre esta cuestión Octavio de Toledo y Ubieto, *op. cit.*, pp. 364 y ss.

acreditar que todo el comportamiento del procesado respondió a un plan o designio unitario para llegar a una meta que previamente se había fijado. Por otra parte, del mismo modo cabe asegurar que, sin esa previa caracterización de la injusticia de la resolución, tampoco podrá hablarse, en forma alguna, de «malicia», en la medida en que tal elemento *presupone* el conocimiento de la antijuridicidad; precisión, esta última, que parece oportuna a la vista de algunas expresiones que se contienen en el razonamiento de la sentencia (19).

Por último, conviene dejar claro que, aun en la hipótesis de que se demostrase que Barreiro se hallaba plenamente convencido de estar dictando una resolución objetivamente injusta, no incurriría en responsabilidad penal alguna si su creencia era errónea y, en realidad, estaba decidiendo en forma objetivamente correcta (20). En este caso nos encontraríamos ante un supuesto de error «inverso» o «al revés» sobre un elemento del tipo y habría de ser considerado como un supuesto de delito putativo impune (21).

6. LO OBJETIVO

6.1. Consideraciones introductorias

Si el examen jurídico-penal de los hechos en su vertiente objetiva queda reconducido a la interpretación de la «injusticia», habrá que averiguar, por tanto, a continuación si la resolución dictada por el procesado puede ser calificada de penalmente *injusta*.

(19) Ello se evidencia sobre todo en págs. 29 y ss. de la sentencia de casación, en las que el TS examina con detalle «aquellos puntos de los que nace la prueba de que la resolución... fue injusta y dictada a sabiendas de su injusticia». En concreto, en p. 31 el TS llega a afirmar algo realmente sorprendente: tras poner de relieve una serie de *irregularidades administrativas* que —en su opinión— rodean a la *primera* resolución, concluye que todo ello «no se recoge para destacar determinadas irregularidades administrativas, sin duda graves, que podrían tener su correctivo en la vía correspondiente, sino para señalar las circunstancias concurrentes que por un proceso de inferencias... conducen al convencimiento de la *malicia* del procesado al dictar las *respectivas resoluciones*» (los subrayados son míos). Obsérvese, por tanto, que, según el TS, la existencia de unas puras irregularidades administrativas en el proceso de la *primera* resolución le van a conducir al convencimiento de la «malicia» empleada al dictar las *dos* resoluciones. Ello no resulta posible, desde el momento en que la palabra «malicia» se considere como equivalente a *dolus malus* (intención jurídicamente desaprobada). Vid. ulteriores aclaraciones *infra*, nota 32. Por lo demás, si el vocablo «malicia» se desvincula del conocimiento de la antijuridicidad, una de *dos*, o las reflexiones del TS carecen de sentido o es de aplicación lo que a continuación se expone en el texto.

(20) Cfr. Octavio de Toledo y Ubieta, *op. cit.*, p. 369.

(21) Cfr. Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, TS, «Derecho Penal. Parte general», 3.ª ed., Valencia, 1990, p. 514.

Ahora bien, para dar cumplida respuesta a este interrogante es imprescindible efectuar unas precisiones acerca de cómo ha de ser concebido el vocablo «*injusta*» en el seno del precepto contenido en el art. 358-1, completando así las consideraciones realizadas en el apartado anterior.

Partimos ya de la base de que el término «*injusta*» tiene que ser interpretado conforme a pautas exclusivamente objetivas. Pues bien, resulta obligado subrayar ahora que esa exégesis (objetiva) de la injusticia de la resolución tiene que basarse, además, en el bien jurídico que se tutela en la norma, puesto que el elemento «*injusta*» es un elemento necesariamente conectado al bien jurídico y limitado por éste (22). Asimismo, en el marco de esa exégesis tampoco se puede desconocer que el bien jurídico no puede ser entendido de un modo formalístico, sino de una manera plenamente sustancial, que respete escrupulosamente el principio de intervención mínima del Derecho Penal (23).

Ambas cuestiones son muy importantes en el caso que nos ocupa y, por ello, merecen un análisis separado y previo al estudio de las circunstancias fácticas señaladas por el TS en su sentencia para fundamentar la antijuridicidad del comportamiento de Barreiro.

6.2. El concepto de injusticia y el bien jurídico

Si la injusticia y el bien jurídico son elementos del tipo de prevaricación que se hallan interrelacionados, resultará necesario partir de un concepto de bien jurídico lo más depurado y preciso posible, como requisito imprescindible para realizar una adecuada interpretación del término «*injusta*». Si esa necesidad es evidente, como principio general, en la tarea que debe presidir la interpretación de todo delito, se revela absolutamente decisiva en figuras como la de prevaricación de funcionarios (en la que corresponde a la categoría del bien jurídico la misión de servir de límite básico al *ius puniendi* estatal) y, en concreto, en supuestos fácticos en los que —como el que comentamos— la antijuridicidad únicamente puede ser fundamentada sobre la base de una conceptualización rigurosa del objeto jurídico tutelado.

Que lo anterior posee trascendencia lo demuestra el hecho de que tanto en la sentencia del TS como en el voto particular (condenatorio) del TSJG se adopta una noción de bien jurídico dotada de una generalidad y amplitud tales, que no resulta plenamente adecuada para definir el elemento típico de la injusticia y, por tanto, para fun-

(22) Vid. Octavio de Toledo y Ubieta, *op. cit.*, p. 388.

(23) Vid. Octavio de Toledo y Ubieta, *op. cit.*, pp. 329 y ss.

damentar la antijuridicidad penal característica del delito de prevaricación.

En efecto, para el TS el bien jurídico reside en «el normal funcionamiento de la Administración pública, que ha de estar siempre e incondicionalmente al servicio de la colectividad y de los ciudadanos» (24). Semejante configuración podría (siempre que se pusiese el acento en la condición de servidora social de la Administración ante la sociedad) invocarse como bien jurídico *genérico* del precepto contenido en el art. 358-1, pero no puede acogerse como bien jurídico específico y concreto que sirva de criterio básico de interpretación del término «injusta» y que dote de sentido jurídico-penal a un determinado funcionamiento anormal de la Administración.

El bien jurídico apuntado ha de ser, por tanto, concretado. Y, a mi juicio, ha de ser concretado —de acuerdo con la exposición de Octavio de Toledo— en función de la cualidad más esencial que debe acompañar su ejercicio: la *legalidad*. En suma, la inclusión de la prevaricación de funcionarios en el catálogo de delitos está llamada a preservar «la legalidad en el desempeño del servicio a la sociedad que la Administración presta a través de sus funcionarios»; legalidad que, por lo demás, debe ser concebida como «ordenamiento jurídico íntegro» (25). Consecuentemente, sobre la base de esta premisa exegética habrá que analizar posteriormente las circunstancias que condujeron a la resolución dictada por el procesado, a efectos de determinar si la misma debe ser adjetivada de injusta.

6.3. El concepto de injusticia y el principio de intervención mínima

Todo el proceso de determinación de un bien jurídico dotado de precisión y concreción, que desemboca en la adopción del mencionado objeto jurídico específico en sentido técnico, exige ser completado por ulteriores consideraciones.

El rechazo de una concepción formalista del citado bien jurídico en el delito de prevaricación administrativa debe apoyarse sobre todo en la operatividad del principio de intervención mínima, el cual impone un absoluto respeto a los caracteres de fragmentariedad y subsidiariedad que informan el Derecho Penal.

(24) STS, p. 36. Mayor vaguedad posee la noción del bien jurídico con la que opera el voto particular del TSJG, al afirmar que consiste «en la pureza de la función pública, entendida no con un afán programático o moralizante, sino como la necesidad de exigir la rectitud en la actuación pública, de la cual depende decisivamente la buena marcha de la comunidad». Una crítica contundente sobre semejante configuración del bien jurídico puede verse en Octavio de Toledo, *op. cit.*, pp. 297 y ss.

(25) Octavio de Toledo, *op. cit.*, pp. 314 y ss.

En este sentido, ha de ser destacado el hecho de que el TSJG en su sentencia absolutoria invocase el principio de intervención mínima como criterio interpretativo del elemento de la «injusticia» de la resolución, habida cuenta de que dicha invocación resultaba correcta y obligada en una figura delictiva como la de prevaricación de funcionarios.

Por idéntico motivo, hay que poner en tela de juicio, en cambio, el razonamiento utilizado por el TS en uno de sus considerandos, cuando afirma (p. 34) que «el principio de intervención mínima... no puede servir de argumento para la no condena. En los supuestos de prevaricación la gravedad del hecho, tipificado como delito en la Ley penal, es notoria y alcanza, en una jerarquía de desvalores, uno de sus primeros lugares».

El razonamiento no puede convencer. En efecto, el principio de intervención mínima no es *solamente* una exigencia dirigida al legislador, sino que *también* es una exigencia dirigida al intérprete (juzgador) para que —entre otras cosas— no recurra al Derecho Penal en aquellos supuestos en los que las infracciones del Derecho puedan ser eficazmente corregidas con la intervención de otros sectores del Ordenamiento jurídico. En otras palabras, el principio de intervención mínima puede y debe operar, además, como criterio interpretativo de *injustos tipificados*, como es el del art. 358 párrafo 1 (26).

Sentado esto, es obvio, por lo demás, que en modo alguno puede admitirse la afirmación de que la prevaricación de funcionarios sea, ni *de lege lata* ni *de lege ferenda*, un delito que ocupe uno de los primeros lugares en la jerarquía de desvalores del Código Penal.

Por último, conviene subrayar que la argumentación del TS entra en contradicción con la escasa aplicación de la que ha sido objeto el delito del art. 358-1 en el propio repertorio jurisprudencial del alto Tribunal, cuyo fundamento debe encontrarse precisamente en la vigencia indiscutible del principio de intervención mínima en el ámbito de esta figura (cfr. STS 2-XI-1978) (27).

6.4. Los hechos pretendidamente reveladores de la injusticia

6.4.1. Introducción

Una vez efectuadas las precisiones necesarias para la correcta hermenéutica del elemento «injusta» en el seno del art. 358, estamos en

(26) Vid. Octavio de Toledo, *op. cit.*, pp. 330 y s.; Orts Berenguer, *op. cit.*, p. 451.

(27) Haciéndose eco de la misma vid en este sentido Orts Berenguer, *ibidem*. Sobre la base de la vulneración del principio de intervención mínima se construyó en el *recurso de amparo* una interesante argumentación constitucional, que conducía a demostrar la infracción del principio de igualdad ante la ley.

condiciones de examinar aquellos hechos que, a juicio del TS, sirven para acreditar la *injusticia* de la resolución.

Sin embargo, de nuevo hay que advertir que aquí se aprecia desde el primer momento cierta confusión en el razonamiento seguido por el TS para determinar la presencia del mencionado elemento típico. Ello vuelve a engendrar un equívoco que conviene poner de manifiesto.

Un equívoco que surge con independencia de la concreta interpretación de cada hecho en sí mismo considerado y que, por consiguiente, debe ser desvelado con carácter previo al análisis particularizado de las circunstancias fácticas que jalonan el proceso de autorización administrativa llevado a cabo por el acusado.

Por tanto, antes de abordar de forma individualizada las irregularidades que el TS deduce del resultando de hechos probados, es imprescindible poner de relieve dónde radica el equívoco apuntado y qué consecuencias se derivan de él.

6.4.2. La confusión entre las dos resoluciones y la inseguridad acerca de los elementos caracterizadores de la injusticia

Prima facie, para el TS la injusticia de la autorización administrativa reside en que la misma «se concedió sin ningún tipo de publicidad, requisito indispensable en este tipo de actos administrativos, a quien había presentado una solicitud el 28 de octubre de 1985, inexplicablemente antes de la promulgación y entrada en vigor de la Ley que iba a regular dicho juego en Galicia y en representación de una sociedad, todavía inexistente...» (p. 25).

Esta es, al menos, la conclusión general que se contiene en el primer considerando jurídico que sirve para fundamentar la sentencia condenatoria.

Ahora bien, si esa conclusión encierra de forma sintética los elementos caracterizadores de la *injusticia* de la resolución, surgen inmediatamente varios interrogantes que el TS no aclara debidamente. Así, por un lado, cabría preguntarse si la existencia de otras posibles irregularidades mencionadas por el TS a lo largo de la sentencia poseen (y, en caso afirmativo, en qué medida) alguna repercusión jurídico-penal en la fundamentación del fallo (28). Por otro lado, sobre todo, hay que preguntarse qué papel desempeña cada uno de esos elementos en la determinación de la injusticia y, más concretamente, si todos ellos son decisivos para llegar a la convicción de la antijuridicidad del comportamiento del procesado.

(28) Recuérdese al respecto que en pp. 29 y ss. de la sentencia el TS menciona — al margen de los citados en el texto — otros hechos de los que nace la prueba de que la resolución fue injusta.

Tales interrogantes ostentan plena trascendencia para la correcta valoración de los hechos, puesto que —si nos centramos ahora en el segundo aspecto— se puede comprobar que, de los tres hechos básicos que, en la conclusión general, caracterizan la injusticia, dos (presentación inexplicable de la solicitud y no constitución de la sociedad) son circunstancias que no pueden ser tomadas en consideración a efectos de caracterizar objetivamente la injusticia porque no pueden ser vinculadas a la ejecución del injusto (no son factores que concurren en la tramitación de la autorización de 28 de agosto de 1986, sino que forman parte de la autorización, *posteriormente anulada*, de 18 de marzo) y, sobre todo, y por supuesto, porque —como reconocerá el propio TS— *no poseen relevancia* (objetiva) *penal*. A su vez, tampoco puede aceptarse plenamente la tercera circunstancia («sin ningún tipo de publicidad»), en la medida en que para su constatación se recurra —como veremos— a datos pertenecientes a la primera autorización (29).

A la vista de lo que antecede, cabría asegurar que si la quintaesencia del injusto de prevaricación se apoya (como, desde luego, indudablemente se da a entender en el primer fundamento jurídico) en los tres elementos aludidos, el apoyo cae por su base, cuando dos de ellos (30) no pueden en buena lógica ser invocados y cuando la constatación del tercero se fundamenta en datos parcialmente inadecuados.

Veamos entonces de manera algo más detenida el tema de la confusión entre las dos resoluciones.

En efecto, la afirmación del alto Tribunal de que «las dos resoluciones..., por formar un todo indivisible, no pueden individualizarse» no resulta sostenible desde el punto de vista *objetivo* que ahora interesa, a los efectos de acreditar el elemento de la *injusticia* (31). No sólo pueden individualizarse perfectamente, sino que además tienen que ser plenamente deslindadas, dado que, para resolver el *mismo* asunto administrativo, una sucede a la otra. El procedimiento administrativo

(29) Ello se evidencia ya en el fundamento jurídico n.º 3 de la sentencia del TS, en el que, para acreditar concretamente la falta de publicidad, se alude a circunstancias que rodearon la *primera* autorización, llegándose a afirmar que «ni siquiera se había publicado la Ley correspondiente» y que «el hecho nuclear es que la concesión se hace, a espaldas de cualquier publicidad, antes incluso de tener cobertura legal para llevarla a cabo». No se olvide, por otra parte, que, con independencia de la cuestión aquí examinada (la confusión entre las dos resoluciones), las concretas afirmaciones que se citan en esta nota constituyen en sí mismas un error del TS, tal y como señalé en el epígrafe 4.1.

(30) Obsérvese, por lo demás, que la mención de uno de esos datos presuntamente reveladores de la injusticia (la «inexplicable» presentación de la solicitud) es, asimismo, una *inferencia improcedente*, puesto que no encuentra apoyo en el relato de los hechos probados (según indiqué en el epígrafe 4.1) y, por ende, no podría poseer trascendencia penal alguna.

que conduce a la segunda resolución es absolutamente independiente y se rige por una normativa diferente a la que servía de base a la primera resolución, con la importantísima particularidad además de que ésta había sido previamente (y *de forma lícita*, según se indicará) anulada.

La aludida afirmación del TS únicamente puede admitirse en el terreno de lo *subjetivo*, o sea, en el sentido de que ambas resoluciones formarían un todo indivisible en la mente del autor, en la cual existiría una plan preconcebido orientado hacia la consecución una determinada meta.

Si ello es así, nada habría que objetar a la indivisibilidad (finalística) de las resoluciones, pero entonces volvemos al punto de partida: el diseño subjetivo unitario podrá atestiguar el conocimiento y la voluntad de ejecutar una determinada acción, pero *en absoluto* prejuzga la cuestión de la valoración *objetiva* de la conducta, ni, por supuesto, la calificación jurídico-penal de la misma en la esfera de la antijuridicidad. En suma, los hechos que conducen a la primera autorización, en modo alguno, pueden mezclarse, a efectos de tipicidad, con los hechos que rodean a la segunda autorización.

Y lo cierto es que es el propio TS el que viene posteriormente a avalar esta última opinión, al reconocer la nítida separación entre lo objetivo y lo subjetivo y, asimismo, al subrayar la *irrelevancia penal* —a efectos de tipicidad— de los hechos que se desarrollan antes de la primera autorización.

En este sentido, paladinamente se afirma, con respecto a los hechos que desembocan en la primera autorización, que éstos no se recogen «para destacar determinadas irregularidades administrativas, sin duda graves, que podrían tener su correctivo en la vía correspondiente, sino para señalar las circunstancias que por un proceso de inferencias... conducen al convencimiento de la malicia del procesado al dictar las respectivas resoluciones» (p. 31). Y, a renglón seguido, el TS añade que «todo ello es predicable de la primera de las resoluciones dictadas, pero como fue anulada, caso de no haberse pronunciado la segunda, el tema hubiera podido quedar reconducido a un problema de Derecho administrativo, con los consiguientes efectos de esta naturaleza» (p. 32).

(31) Es muy importante advertir que, para el TS, la imposibilidad de individualizar las resoluciones se proyecta tanto sobre lo subjetivo (culpabilidad) como sobre lo objetivo (*antijuricidad*). Así se deduce claramente del contexto global del párrafo en el cual se incluye la frase entrecomillada de la sentencia reproducida en el texto (p. 29): «una vez expuestas las ideas generales es procedente... examinar con algún mayor detalle aquellos puntos de los que nace la prueba de que la resolución (o las dos resoluciones...) fue *injusta* y dictada a sabiendas de su injusticia» (subrayado mío).

En definitiva, las tesis que evidentemente se deducen de tales considerandos son las siguientes: por un lado, las citadas irregularidades se tienen en cuenta solamente a los efectos de acreditar un elemento subjetivo (la «malicia» con la que actuó el procesado), pero no para fundamentar la antijuridicidad; por otro lado, todas las circunstancias que se suceden hasta la primera autorización únicamente serían constitutivas *por sí mismas* de meras irregularidades administrativas.

Pues bien, a mi juicio, ambas tesis deben ser compartidas, con la salvedad, lógicamente, de sustituir la palabra «malicia» por otra, como podría ser «intención», que no incluya todavía la conciencia de la antijuridicidad (32). De ahí que, en conclusión, y de acuerdo con este segundo planteamiento del TS, para despejar la incógnita que, de momento, nos ocupa (averiguar si existe una resolución *objetivamente injusta*) habrá que analizar *exclusivamente* los hechos que conducen a la segunda resolución.

6.4.3. La irrelevancia objetiva de los hechos que conducen a la primera resolución y la licitud de los hechos posteriores que culminan en la anulación

A la vista de la conclusión obtenida en el apartado anterior, es obvio que la irrelevancia *objetiva* (a efectos de fundamentar la antijuridicidad) de los hechos que conducen a la primera autorización hace que carezca de sentido proceder ahora a realizar un examen de ellos. Por mi parte, simplemente quisiera poner de manifiesto que comparto dicha conclusión y que no albergo duda alguna acerca de la falta de trascendencia típica de los mismos, como, por cierto, demostró concluyentemente el TSJG en su sentencia de 3 de octubre de 1989. En efecto, dejando ya al margen los casos de modificación de hechos probados y prescindiendo ahora de aquellas circunstancias comunes a la segunda autorización, resulta evidente que la posible irregularidad formal que se imputaba en la sentencia no podía revestir caracteres de ilicitud penal: me refiero

(32) En efecto, la expresión del TS, antes mencionada, de que las irregularidades «conducen al convencimiento de la *malicia* del procesado al dictar las *respectivas resoluciones*» no puede ser admitida en los términos subrayados. Y ello porque, por una parte, si en la primera autorización sólo hubo meras irregularidades administrativas y, por tanto, no hubo un hecho penalmente antijurídico, es imposible que el procesado haya obrado con «malicia» al dictarla. Por otra parte, esas mismas irregularidades administrativas podrían conducir, en su caso, a *coadyuvar* (nunca a fundamentar plenamente) a demostrar la malicia del procesado al dictar la segunda autorización, pero para ello hay que acreditar previamente que ésta constituye un hecho antijurídico. Vid. además lo dicho *supra* en el apartado 5.4., especialmente en nota 19.

a la inexistencia de la forma societaria en la sociedad adjudicataria (33).

Ahora bien, en lo que atañe a la primera autorización, hay una cuestión muy importante, que tampoco aparece adecuadamente esclarecida en al sentencia del TS: la valoración de los hechos que se suceden después de la resolución de 18 de marzo de 1986 y que culminaron en al posterior anulación de la misma.

Como ya esboqué en un apartado anterior (34), el TS explicaba el motivo de la anulación de la primera autorización de un modo que, en su opinión, permitía evidenciar la «malicia» del procesado. Frente a semejante explicación, en este momento quisiera aclarar por qué se opera aquí una injustificada alteración de hechos probados.

Tal y como razonaba el TSJG en su sentencia, no se puede olvidar que en el acto del juicio quedó probada la motivación de plena licitud administrativa que determinó al procesado a recabar del Secretario general técnico y del director general competente sendos informes sobre la autorización otorgada (35), en los cuales, además, —interesa

(33) Con independencia del aspecto subjetivo referente al *conocimiento* de tal extremo (vid., *infra*, apartado 7), hay que subrayar que su irrelevancia a efectos de caracterizar la «injusticia» es indiscutible, tal y como se demostraba en la sentencia del TSJG y en el recurso de amparo. Por un lado, y ante todo, no se puede pasar por alto que, de acuerdo con los *hechos probados*, existía una voluntad de constitución societaria, que se reflejaba en actos formales de propósito real. Por otro lado, tanto una autorizada doctrina científica, como la *propia jurisprudencia del TS*, han venido otorgando eficacia jurídica a las actuaciones de las sociedades en constitución, aun cuando no hubiesen sido inscritas. Y no podría ser de otro modo, dado que en la propia normativa administrativa se contempla la posibilidad de que las sociedades que liciten o concurran en materia de juegos para conseguir una autorización no estén constituidas (así, p. ej., art. 7 del Reglamento de Casinos, O.M. de 9 de enero de 1979). Criterio que, por otra parte, ha sido asumido plenamente por la vigente Ley de sociedades anónimas (R.D. Legislativo de 22 de diciembre de 1989), la cual en su art. 15 concede plena validez, de forma inequívoca (resulta sorprendente, por ello, la invocación en sentido contrario que el TS hace en su sentencia) a los actos de sociedades no constituidas, pese a no haber sido inscritas. A la vista de todo ello, hay que descartar tajantemente que la circunstancia en comentario pudiera contribuir a fundamentar el injusto de prevaricación.

(34) Vid., *supra*, 4.1.

(35) La explicación de los (lícitos) motivos de la anulación aparece recogida como *hecho probado* (no como valoración jurídica) en el epígrafe III del relato histórico de una manera tan concluyente que no deja margen de duda alguno. Es el fruto de una valoración del conjunto de las pruebas (testificales y documentales) que se practicaron bajo los principios de oralidad e intermediación por el tribunal *a quo* en el acto del juicio oral. Por tales razones hay que discrepar de la opinión del TS, que llega a una conclusión opuesta, al socaire de la teoría de las inferencias, sin apoyarse en indicio alguno y sin ofrecer tampoco un razonamiento convincente que fundamente la alteración del sentido de los hechos. Compárese, al respecto, el resultando de hechos probados del tribunal *a quo* con el correspondiente considerando del TS: «vistas las muy graves irregularidades en las que el procesado había incurrido (sc., aquéllas de las que pos-

destacarlo— había coincidencia a la hora de entender que la autorización era «perfectamente válida».

Por otra parte, y con independencia de todo lo anterior, todavía quedaría por analizar el tema de la repercusión penal de la anulación de la autorización.

De acuerdo con el planteamiento que he seguido, dicho análisis resulta irrelevante en la argumentación sobre la antijuridicidad, desde el momento en que, detrás de la primera resolución, únicamente puede constatarse la presencia de meras irregularidades administrativas. Con todo, parece interesante apuntar la problemática que se suscitaba, aunque sólo fuera a efectos de «elucubración hipotética» —como, por cierto, llegó incluso a abordar el TSJG en su sentencia— (36), con relación a la consumación del hecho.

Por tanto, aun en el supuesto —hipotético también para el propio TS— de que las circunstancias que rodearon a la primera autorización pudiesen ser calificadas como antijurídicas (y, naturalmente, además se acreditase la *culpabilidad* del agente), cabría preguntarse qué alcance jurídico-penal podría otorgarse a la anulación de la resolución.

A mi juicio, la cuestión se resolvería con la aplicación de la institución del desistimiento voluntario de consumir el delito (o «arrepentimiento activo») (37), la cual excluiría la presencia de un hecho delictivo. Para entenderlo así, hay que partir de la base de que la autorización se anula antes de que la resolución hubiese consumado su eficacia jurídica (38) y, por consiguiente, antes de que se hubiese producido el resultado (consumativo) del hipotético tipo de prevaricación (39), en atención a lo

teriormente dirá, por cierto, que no pasarían de constituir un mero problema de Derecho administrativo) al dictar la resolución..., se procedió después, por el camino que describe la sentencia de instancia, a dejar sin efecto la concesión, pero no para rectificar y deshacer el camino mal andado, sino como un simple expediente, como se comprueba por los acontecimientos posteriores, para volver a la misma solución, con una apariencia de mayor corrección formal que tampoco se consiguió, pero con el mismo contenido sustancialmente injusto...».

(36) En efecto, situados en esa hipótesis, el TSJG indicaba que, debido a la anulación, la tesis acusatoria generaría graves inconvenientes sobre la antijuridicidad (también sobre la culpabilidad) de la actuación del procesado referida a la autorización de 18 de marzo de 1986. Este tribunal mencionaba correctamente la problemática que, en especial, surgiría en el aspecto de la consumación del hecho delictivo.

(37) Cfr. Cobo-Vives; *op. cit.*, p. 558, en el sentido de estimar que en la frustración no cabría, en rigor, desistir, al tratarse de una conducta acabada.

(38) Art. 7, n.º 4, de la Ley 14/1985, de 23 de octubre, sobre juegos y apuestas en Galicia.

(39) Estimo plenamente correcta la tesis que considera que el *resultado* del delito de prevaricación del art. 358 del Código Penal viene constituido por la «resolución», la cual debe reunir «todos los requisitos jurídico-administrativos exigidos por la ley para los actos o las normas, en el sentido de requisitos necesarios para entrar en el tráfico jurídico» (Octavio de Toledo, *op. cit.*, p. 402).

cual sólo existiría una prevaricación *frustrada*. Por lo demás, a la vista de los hechos probados, resulta claro que el desistimiento (o «arrepentimiento») sería, por un lado, *activo* y, por otro, *voluntario*: activo, porque el agente hace algo que impediría que la ejecución ya completa produjese el resultado (40); voluntario, dado que, sea cual sea la clase de criterio (41) utilizado para precisar la voluntariedad del desistimiento, resulta innegable que semejante requisito concurriría en el caso que nos ocupa (42).

Finalmente, con relación al tema de la anulación hay que mencionar aquí un hecho que, si bien podría ser abordado en el apartado siguiente —por pertenecer en rigor al *iter* de la segunda autorización—, se contiene en la misma resolución (redactada por el director general) en la que se acepta la renuncia: la concreta decisión de otorgar validez formal a la solicitud de la SGJG de «mantener viva» su petición de autorización inicial para ser tramitada nuevamente de acuerdo con el Reglamento que con posterioridad se aprobase y en competencia con otras solicitudes que con la misma finalidad se presentasen. En lo que atañe a esta cuestión, hay que convenir con el TSJG en que, al margen de incorrecciones formales de carácter administrativo, el hecho no puede poseer repercusión penal alguna, habida cuenta de que, entre otras cosas, la decisión de referencia no determina la vinculación decisoria de futuro por parte de la Administración (43).

(40) Cfr. por todos Mir Puig, S., «Derecho Penal. Parte general», 3.^a ed., Barcelona, 1990, pp. 382 y s. En el caso concreto que se analiza está claro que es Barreiro el que suscita la ineficacia, al proponer a la SGJG la alternativa reflejada en el resultando de hechos probados. Y si no se llega a una actuación administrativa declarativa de ineficacia (por lesividad para el interés público), es precisamente porque la SGJG opta por presentar su renuncia, que es aceptada por el procesado.

(41) Vid. Muñoz Conde, F., «El desistimiento voluntario de consumir el delito», Barcelona, 1972, pp. 83 y ss.; Rodríguez Mourullo, G., «Comentarios al Código Penal», tomo I, Barcelona 1972, pp. 133 y ss. Una exposición resumida, con indicaciones bibliográficas, en Mir Puig, *op. cit.*, pp. 380 y ss.

(42) Dejando al margen —por inaceptables— las teorías psicológicas (según las cuales, desde luego, existiría plena voluntariedad en el caso enjuiciado), no se puede desconocer que, de acuerdo con pautas valorativas, el desistimiento habría de ser calificado sin duda de «voluntario», toda vez que del relato de *hechos probados* se deduce inequívocamente que la actuación del procesado obedeció a un motivo susceptible de una valoración jurídica positiva (vid. por todos Mir Puig, *op. cit.*, p. 381), la cual, por supuesto, eliminaría la necesidad de pena desde la perspectiva de sus fines preventivo-generales y especiales (vid. Muñoz Conde: *op. cit.*, pp. 100 y ss.; Octavio de Toledo-Huerta, «Derecho Penal, P. G.», 2.^a ed., Madrid, 1986, pp. 459 y s.). Como ponía de relieve el propio TSJG en su sentencia con respecto a la actuación que da lugar a la anulación, «las razones expuestas por el procesado y las de los dos funcionarios... —declaraciones sumariales y en el acto del juicio— demuestran una licitud de comportamiento no sólo desde una perspectiva penal, sino también administrativa».

(43) Como subrayaba la sentencia del TSJG, la prioridad temporal de la solicitud no fue el elemento causal determinante de la decisión. La causa determinante se fundamentó en el elemento de oportunidad en la elección, en relación con la facultad amplia discrecional que la proposición normativa consagraba.

6.4.4. Los hechos que conducen a la segunda autorización

Con relación a la autorización de 28 de agosto de 1986, el TS cita hasta cuatro irregularidades que aparentemente pudieran poseer relevancia penal, aunque no nos diga, en concreto, de forma explícita y con claridad, la trascendencia que cada una de ellas ostenta a efectos de fundamentar la *injusticia* de la resolución.

Una lectura más detenida de la sentencia revela, no obstante, que el hecho decisivo para integrar el tipo penal se circunscribe a la falta de convocatoria pública y de publicidad en el procedimiento administrativo que desembocó en la segunda autorización (44). Y no podía ser de otro modo, ya que a partir de una comprensión global de la sentencia se deduce que, en puridad de principios, ha de descartarse que los tres hechos restantes puedan contribuir a fundamentar (no se olvide, objetivamente) la *antijuridicidad* característica de la prevaricación.

En efecto, la falta de motivación de la resolución (45) y la ausencia del preceptivo informe del Ministerio del Interior (46) (irregularidades predicables asimismo de la primera autorización) fueron calificadas expresamente por el TS —según se indicó anteriormente— como meras irregularidades administrativas sin entidad penal. Por su parte, la cuarta irregularidad (la inexistencia del informe de la comisión del juego) se basa —como ya señalé— en una alteración de los hechos probados.

(44) Vid. especialmente pp 32 y 38 de la sentencia.

(45) De todas formas, interesa señalar que frente a la invocación de esta «grave» (así la califica el TS) irregularidad administrativa procede efectuar, básicamente, dos puntualizaciones, de las que ya se hacía eco el recurso de amparo: primero, de acuerdo con la disposición contenida en el art. 93 de la LPA (y la correspondiente jurisprudencia de lo contencioso-administrativo sobre este precepto) no creo que se pueda comparar la idea del TS de que la resolución en comentario carezca de una «sucinta» motivación; segundo, aun cuando, como mera hipótesis, se estime que no hubo una auténtica motivación, ello únicamente comportaría un vicio de anulabilidad o, incluso, en algunos supuestos una mera irregularidad no invalidante susceptible de subsanación, vid., STS 2-XI-1987 (RA 8762) y STS 31-XII-1988 (RA 10293).

(46) De nuevo, al igual que en el caso acabado de citar, hay que poner también aquí en tela de juicio la interpretación que lleva al TS a calificar la ausencia de dicho informe como «grave irregularidad administrativa». En efecto, para llegar a tal conclusión, el TS estima que el informe del Ministerio del Interior sobre materia de orden público tenía que ser «previo» a la resolución. Sin embargo, esta interpretación del TS (en contra del reo, además) carece de base legal —ya que en el RD de 6 de febrero de 1985 se afirma simplemente que el informe será «preceptivo y vinculante»— e ignora totalmente las razones expuestas por el procesado -reflejadas en el acta del juicio oral—, que sí fueron tomadas en consideración, en cambio, por el TSJG en su sentencia absolutoria, con la finalidad de demostrar que, por exigencias emanadas de las propias competencias de la Comunidad Autónoma, el informe tenía que ser, *necesariamente*,

En definitiva, en atención a lo expuesto, la única cuestión que correspondería abordar ahora es la referente a la falta de convocatoria pública y de publicidad, aunque, con carácter previo, parece oportuno comentar aquí determinados aspectos referentes al informe de la comisión del juego, al hilo de los considerandos del TS.

6.4.4.1. *El informe de la comisión del juego de Galicia*

En lo que concierne a esta cuestión, a la que ya se aludió en otros apartados, quisiera aclarar simplemente por qué de la inferencia obtenida por el TS sobre el informe de la comisión del juego no puede nacer una prueba de que la resolución fue *injusta*.

Prescindiendo en este momento de la crítica que pueda merecer, en sí misma, la inferencia que el TS dice extraer del relato histórico (47), lo que ahora ha de rebatirse es que una «inferencia de hechos psicológicos» sirva como argumento para modificar un hecho objetivo, comprobable empíricamente, que había sido incorporado al relato de hechos *probados* por el TSJG. Un relato —no se olvide— que el TS asegura haber dejado *intocado*.

En efecto, el TSJG plasmó como *probado* en su relato que, en la reunión del 26 de agosto de 1986, ante el requerimiento de Barreiro —tras previo debate sobre el tema— para que la comisión del juego se pronunciase sobre el punto cuarto del orden del día («Informe S/ solicitudes presentadas *do Xogo* de Boletos»), «no se formuló objeción alguna por los asistentes entendiéndose que hubo beneplácito al trámite del informe» (48). Olvidándose de su propósito inicial de dejar intangible el relato fáctico, el TS considera, en cambio, que

posterior a la resolución, aun cuando hubiese de recaer antes de la obtención del correspondiente permiso de apertura, al cual se supeditaba la eficacia de la autorización. A mi juicio, tales razones resultaban, además, plenamente convincentes, puesto que si el informe tuviese que ser previo a la resolución de la autorización, la soberanía de la Comunidad gallega (fruto del traspaso de competencias en la materia), para decidir sobre su otorgamiento, quedaría desvirtuada: el Ministerio del Interior (en definitiva, la Administración Central) podría vaciar de contenido la autonomía concedida mediante el simple expediente de ir informando desfavorablemente a las diversas entidades que se propusiesen. Finalmente, y al margen de todo lo anterior, conviene recordar que —tras haber decretado la mera *anulación* del acto— el propio Ministerio del Interior no tuvo inconveniente alguno a la hora de emitir un informe favorable el 23 de enero de 1987, o sea, *con posterioridad* a la adopción de la resolución administrativa, confirmando que era posible otorgar el informe *ex post*.

(47) Desde el punto de vista de la propia constatación de los elementos subjetivos del delito. Vid. *infra*, apartado 7.

(48) Por lo demás, aclaraba de modo inequívoco el TSJG en su sentencia que «analizando conjuntamente la declaración de hechos probados y el fundamento jurídico 2 —apartado B) (sc., la ausencia de un delito de falsedad) se concluye, sin duda, que el

«prescindiendo del mayor o menor valor sustancial de dicha acta... lo cierto es que tal reunión, y ello es otra inferencia que esta Sala obtiene legalmente del relato histórico, era una simple pieza más en el camino que necesariamente tenía que recorrerse para tomar la decisión, ya asumida desde el primer momento, que de antemano sabía injusta,... No hubo, por tanto, y en la realidad, Informe de la Comisión del Juego porque las discrepancias eran tan importantes en cuanto a su redacción que no puede considerarse tal...».

Pues bien, aparte de la insalvable contradicción entre las conclusiones de ambas sentencias, repárese en el dato de que el TS está utilizando la teoría de las inferencias de hechos psicológicos para contribuir, en cierta medida, a fundamentar que no hubo informe (49), de tal manera que la convicción, vía inferencia, de que el procesado actuó con dolo («decisión, ya asumida desde el primer momento, que de antemano sabía injusta») se emplea para argumentar a favor de la ausencia de un hecho objetivo y objetivable (un informe), la cual, a su vez, es elemento demostrativo de la caracterización de un elemento objetivo del tipo (la injusticia de la resolución).

Ciertamente, el TS puede inferir legalmente del relato histórico que la citada reunión «era una simple pieza más en el camino... para tomar la decisión» y cubrir, así, «algunas mínimas apariencias de legalidad» —aunque, a mi juicio, la inferencia es injustificada— (50), pero ¿qué relevancia puede otorgarse a ello en la tarea de averiguar si hubo, o no, un informe? Precisamente, en esa labor interpretativa lo que sí interesa es «el valor sustancial del acta», y, desde esta perspectiva, he de efectuar dos consideraciones finales.

Por una parte, no se puede pasar por alto —el TS, en cambio, parece no tenerlo en cuenta— el dato decisivo de que ya en fase *sumarial* el TSJG (con *otros componentes*), sobre la base de todo el conjunto de pruebas recogido en el sumario, denegó el procesamiento (auto de 19 de junio de 1989), solicitado por el Fiscal, por una pre-

trámite ha sido cumplido». Agregaba el TSJG que, después de haber valorado exhaustivamente la prueba documental y la testifical practicada, había alcanzado la «plena convicción» (no como inferencia, sino como resultado de la valoración de todas las pruebas directas existentes) de que «se cumplimentó el trámite del informe en los términos reglamentarios».

(49) La utilización de un nexo consecutivo («no hubo, *por tanto...*») en la frase que se cita en el texto es concluyente a la hora de entender que la «inferencia» obtenida por el TS influye en la conclusión, la ausencia de informe.

(50) En efecto, ni se puede deducir de los antecedentes del relato fáctico, ni parece tener mucho sentido a la vista de las características del informe. El TS no se percató de que el informe, si bien preceptivo, no era en cambio *vinculante*, en virtud de lo cual la intencionalidad imputada al procesado resulta difícil de entender, en tanto en cuanto éste podría haber dictado una resolución perfectamente ajustada a Derecho, a pesar de contar con un informe desfavorable.

sunta falsedad de la secretaria de la comisión y del Sr. Barreiro, al reflejar en el acta que se «emitió informe favorable de las 22 solicitudes». Por otra parte, al breve razonamiento de la inferencia del TS, hay que oponer que la «plena convicción» obtenida por el TSJG (como resultado de la valoración de todas las pruebas manejadas, incluyendo las declaraciones de todos los asistentes), de que se cumplimentó el trámite del informe en los términos reglamentarios, *no* puede quedar desvirtuada por el dato de que *uno* de los *ocho* miembros de la comisión discrepase de la redacción inicial del acta y propusiese una modificación de sus términos en dos reuniones sucesivas de la comisión del juego, en las cuales —como reflejó el TSJG en los hechos probados— su «composición personal era distinta entre sí y en todo caso respecto a la de 26 de agosto de 1986» (51).

6.4.4.2. *La falta de convocatoria pública y de publicidad*

No resulta fácil comentar esta cuestión, dado que en torno a este punto la argumentación del TS se desarrolla a partir de dos premisas antitéticas con relación a la calificación que merezca la técnica administrativa empleada por Barreiro: por un lado, se asegura que, «desde la perspectiva del Derecho Penal» se trata de una *concesión* y se adjetiva este dato de «importante» (p. 25), pero, por otro, se concluye que, a los mismos efectos penales, la «naturaleza de autorización o concesión es indiferente» (p. 36). Naturalmente, esta doble visión jurídica obliga a recurrir a un doble nivel de análisis en la argumentación.

Examinemos la cuestión desde el prisma de la primera calificación. De acuerdo con ella, el TS arguye que en la segunda resolución tampoco hubo «convocatoria de solicitudes ni, por tanto, plazo de presentación ni pliego de condiciones, ofreciéndose así un expediente en plena ocultación en el que la decisión del procesado de dar por terminada la posibilidad de acceder mediante solicitudes a la *concesión* fue asimismo totalmente arbitraria» (52).

(51) Por lo demás, que la comisión del juego se limite a informar favorablemente todas las solicitudes, sin realizar una valoración individualizada de cada una, podrá denotar, en su caso, —aunque sea una práctica frecuente— poco rigor en el cumplimiento de su tarea, pero no significa que el informe no haya existido en los términos reglamentarios y ni mucho menos podrá colegirse de ahí algún indicio de ilicitud a efectos penales para caracterizar la injusticia.

(52) STS, p. 32 (el subrayado es mío). En otros considerandos anteriores se contienen aclaraciones a la conclusión fundamental recogida en el texto. Así, el TS indica que «parece claro que se estaba en presencia de una *concesión, dato importante* para dibujar mejor el comportamiento del procesado» (p. 25). Además, afirma que «no hubo, por consiguiente, ninguna garantía para los ciudadanos, en general, que no tuvieron oportunidad de acceder a una convocatoria para participar en lo que *debió ser un*

Obsérvese que con este razonamiento el TS está partiendo de la base de que en la materia del juego la técnica de la *concesión* administrativa es la aplicable al caso y que, como consecuencia de ello, para la resolución del expediente administrativo Barreiro *debería haber* observado los requisitos propios de dicha técnica administrativa. Por tanto, la discrecionalidad característica de la técnica *autorizatoria* que inspiró toda la actuación del procesado vulneraría —según el TS— el Ordenamiento jurídico, y, además, de una forma tal que merece ser castigada penalmente.

A mi juicio, el razonamiento que se desprende de los mencionados considerandos del TS es equivocado. Y ello porque la premisa inicial de su silogismo encierra una valoración jurídica —sin ofrecer argumentos (53) que la avalen— que resulta injustificada. Una premisa que, por cierto, había sido hipotizada y convincentemente refutada por el TSJG mediante un riguroso examen jurídico, que le había llevado a concluir que la técnica administrativa que se consagra en la Ley 14/1985, reguladora del juego en Galicia, es la *autorizatoria*, tal y como revela ya de modo terminante la interpretación gramatical de su art. 7, n.º 1 (54). Pero es que, además, en las propias salas de lo contencioso-administrativo del TS se han venido dictando numerosas sentencias en materia de juegos, que —en consonancia también con la

concurso selectivo de solicitudes» (p. 26) (los subrayados son míos). Finalmente, alega que «el sistema de concesiones ha de construirse sobre los principios de publicidad y libre concurrencia, como se deduce de las ideas que conforman este sector del Derecho administrativo y se recogen en varias disposiciones legales» (pp. 28 y s.).

(53) No puedo considerar como argumento el hecho de que el TS se limite a aclarar, por toda fundamentación, que «se estaba en presencia de una concesión... en cuanto que concesión es, en definitiva, el acto de la Administración por el que se transfiere a un particular facultades originariamente administrativas o se crea a su favor un derecho o capacidad, prevista en el Ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que, conforme a doctrina muy consolidada, los actos y contratos son lo que son en función de su naturaleza y no lo que sea consecuencia de la denominación que reciban».

(54) Este precepto señala que «las autorizaciones se otorgarán siempre que se cumplan los requisitos exigidos legalmente. En los casos en los que exista un plan de carácter territorial para su distribución, la autorización se podrá otorgar mediante la resolución de un concurso de carácter público...». Como advertía, acertadamente, el TSJG, el análisis sintáctico del precepto es concluyente: se establece la técnica *autorizatoria* con una previsión *facultativa* de concurso público para algunos supuestos (entre los que no entraría el juego de boletos) que no se concretan. «Se configura así —decía el TSJG— una proposición normativa no incompleta y no necesidad de aplicación integradora, en la que se consagra un amplio margen de discrecionalidad (que habría de recalcar después por el Decreto regulador del Juego de Boletos —art. 16: “a la (solicitud) que se considere más conveniente”)». La interpretación gramatical se confirma plenamente —como hizo el TSJG— si se recurre a otros criterios exegéticos como son: la referencia a la normativa anterior, las tareas de elaboración parlamentaria de la propia Ley y la interpretación sistemática derivada de los Decretos de transferencias en la materia.

legislación estatal a la sazón vigente— hablan de *autorización* y no de *concesión* (55).

En suma, a la vista de lo que antecede ha de concluirse indudablemente que en el supuesto enjuiciado la resolución no puede ser penalmente injusta, puesto que una interpretación correcta del término «injusta» como la que señalé más arriba, guiada por la rigurosa conceptualización del bien jurídico, conduce, en el caso que nos ocupa, a la exclusión de la tipicidad. En efecto, la *legalidad* aplicable a la materia permite colegir que la técnica administrativa prevista era la autorizatoria con amplios márgenes de discrecionalidad sin que, además, se contemplase la *exigencia* de llevar a cabo un concurso público. Y éste es el núcleo de la cuestión. El hecho de que *debiera haberse seguido* una técnica concesional no quiere decir que la técnica recogida en la normativa aplicable *sea* realmente una concesión, y, desde luego, lo que no puede aceptarse es que la confusión de planos entre el «ser» y el «deber ser» fundamente una responsabilidad penal allí donde *de lege lata* el sujeto ha obrado de acuerdo con lo que —de forma que parece clara— preceptúa la norma (56). Y es que esto no puede ser indiferente a efectos *penales* para acreditar la

(55) La posición jurisprudencial (reflejada en un listado de sentencias), confirmadora de la interpretación legal, se recogía en el *recurso de amparo* a los efectos de acreditar la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley del Sr. Barreiro, toda vez que —se argüía— la antijuridicidad de su conducta se basa, en buena medida, en no haber respetado la práctica administrativa de la concesión.

(56) No estamos, por tanto, aquí ante un supuesto de «ley multívoca». Aserto que es perfectamente compatible con la afirmación de que el contenido de la ley *debería haber sido* otro. Mas aun cuando se admitiese que la ley no fuese inequívoca (o, al menos, introdujese márgenes de discrecionalidad en su interpretación), hay que llegar a la conclusión de que la resolución no es *injusta*; y ello aunque se recurra aquí a la «teoría de los deberes», de Rudolphi, como complementaria del criterio objetivo. (Acude a ella en nuestra doctrina Octavio de Toledo, *op. cit.*, p. 356.) En efecto, si armonizamos la opinión dominante (no existe injusticia cuando la resolución dictada al amparo de una ley multívoca es «defendible») con la tesis de exigir al funcionario el deber de proceder conforme a «medios y métodos científico-jurídicos» (*vid.* Rudolphi, *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, cit. pp. 627 y ss), se demuestra igualmente cómo a la vista de la forma en que Barreiro adoptó la decisión debe desembocarse en la conclusión de que la conducta no es típica. Baste con destacar, al respecto, dos cuestiones que —a mi juicio— serían decisivas, por tanto, en el ámbito del tipo de injusto (y, en todo caso, por supuesto, en la esfera de la *culpabilidad* del acusado). Por un lado, los *hechos probados* acreditan la licitud *administrativa* del comportamiento del procesado en la anulación de la primera autorización y, en concreto, la motivación de plena licitud que le condujo a recabar sobre ella sendos informes al Secretario general técnico de la Consellería y al Director general de Administración local, los cuales coincidieron en declarar la *validez técnico-administrativa* de la misma. Por otro lado, en modo alguno se puede desconocer la práctica seguida hasta entonces en la Administración autonómica, en la que puede citarse, sobre todo, el caso de la instalación de un casino (*vid.* la nota siguiente), para la que se siguió también una técnica autorizatoria sin concurso previo.

injusticia de la resolución: es muy distinto que estemos ante una autorización, configurada del modo apuntado, o nos hallemos ante una concesión, sometida a rígidos límites. Pues bien, sentado esto, lo que ha de ser tajantemente descartado es que la falta de concurso público pueda fundamentar un delito de prevaricación, sin perjuicio, claro es, de la valoración que merezca dicha ausencia en sede administrativista (57).

Pero, con ello, nos situamos ya en la segunda perspectiva esbozada por el TS. En efecto, hay que partir de la base ahora de que estamos ante una autorización (y no ante una concesión), o, hay que entender al menos, que —como dice expresamente el TS en otro lugar— la calificación es «indiferente». Acontece, sin embargo —se argumenta—, que la «discrecionalidad» característica de dicha técnica «no puede ser jamás arbitrariedad y actuación sin control o límites», sino que «ha de construirse sobre los principios de publicidad y libre concurrencia». De ahí se deduce que «el interés público, sin duda prioritario en estos casos, exigía la adopción de medidas conducentes a que, a través de los sistemas de publicidad oficial adecuados, incluidos, en su caso, los medios de comunicación, se conociera el procedimiento en curso para obtener de la concesión el mayor número de beneficiarios posible» (pp. 28 y 29). En resumidas cuentas, se acepta que la técnica era la autorizatoria, pero, aun así, se objeta que se ha omitido cualquier tipo de publicidad y que no ha existido apertura de plazo para presentar solicitudes. En tales irregularidades se fundamentaría entonces el injusto de prevaricación.

La argumentación jurídica del TS se apoya en la invocación de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 103 y 106 del texto fundamental español, a los que podría añadirse (como hacía el voto particular del TSJG) el artículo 14 del mismo cuerpo legal. De este modo, el razonamiento que podría articularse se expresaría en los siguientes términos: el artículo 7-1 de la Ley 14/1985 debe ser entendido, en virtud de una interpretación constitucional positiva, en el sentido de exigir que la «autorización» que contempla se conceda a

(57) En este sentido, reconocía juiciosamente el TSJG, admitiendo discrepancias de su interpretación, que en el campo administrativo «la materia es controvertida y siempre opinable en función de las imprecisas categorías jurídicas autorización/concesión, no conceptualmente estereotipadas, sino de contornos vagos en muchos supuestos, y en los que inciden intercomunicación de notas o conceptos “caracterizadores” y posicionamientos de *lege ferenda*». Con respecto a ello, resulta necesario traer a colación aquí el caso similar de la autorización de instalación de un casino de juego en Galicia (O. de 4 de septiembre de 1986), en cuyo otorgamiento se siguió una técnica autorizatoria sin concurso previo; sin embargo, tal actuación no trajo consigo diligencia penal alguna, pese a que la sala de lo contencioso-administrativo del TSJG ha venido a declarar en sentencia (recurrida en la actualidad ante el TS) de 2 de noviembre de 1990 la nulidad de la autorización.

través de un procedimiento en el que sean respetados los principios de publicidad y libre concurrencia e igualdad de oportunidades.

Desde luego, hay que convenir en que una actuación administrativa plenamente correcta en este caso habría requerido una publicidad oficial y una apertura de plazo de presentación de solicitudes, con el fin de propiciar la libre concurrencia del mayor número posible de aspirantes a la obtención de la autorización del juego de boletos. Y, quizá, en atención a ello, la autorización otorgada podrá ser susceptible de impugnación en vía administrativa.

Ahora bien, cuestión muy distinta es que dichas irregularidades ostenten la entidad suficiente para ser merecedoras de castigo penal. Y, en efecto, a poco que se profundice en la argumentación expuesta, hay que llegar a la conclusión de que las mismas no pueden integrar la «injusticia» característica del delito de prevaricación, definida del modo ya señalado, so pena de anticipar las barreras de protección penal a límites totalmente recusables —desconocidos para la propia jurisprudencia del TS— y de pervertir la función del Derecho Penal, eminentemente secundaria en esta materia.

Es cierto que la «injusticia» de la resolución puede consistir en el apartamiento de los valores o intereses constitucionalmente protegidos (58), pero —obvio parece declararlo— dicho apartamiento merecedor de pena debe ser concebido (como ocurre en relación a otros delitos) a partir de una vulneración efectiva y absoluta de principios y derechos fundamentales. Algo que no sucede en este caso.

Para entenderlo así, repárese en el hecho de que, de un lado, el principio de publicidad que se menciona aparece vinculado al de libre concurrencia. No se trata aquí, pues, de una infracción del principio constitucional de publicidad de las normas contenido en el artículo 9-3; cosa, por otra parte, impensable, dado que la autorización se otorgó al amparo de una ley y de un reglamento, cumpliéndose todas las formalidades en lo tocante a su publicación. Lo que, por el contrario, el TS objeta realmente es la falta de «divulgación publicitaria» del contenido de una disposición legal que *ya está publicada formalmente*: a través de su difusión material se pretende, pues, que una norma, revestida de las formalidades necesarias, y que, en consecuencia, vincula a la Administración y a los administrados sea conocida por el mayor número posible de personas. Pues bien, si desde esa perspectiva se analiza la posible violación de los principios de libre concurrencia e igualdad, se llega a la conclusión de que no puede existir una vulneración penalmente sancionable, desde el momento en que el contenido esencial de los derechos de otros eventuales aspirantes no se ha visto limitado de modo efectivo. Parece claro, al respecto, que

(58) Sobre ello, *vid.* Octavio de Toledo, *op. cit.*, pp. 378 y ss.

la ausencia de las exigencias aludidas no comporta, ni formal ni materialmente, que se hubiese sustraído a nadie la posibilidad de *solicitar* la autorización correspondiente (59).

Así concebida, pienso, en suma, que debe ser rechazada la tesis consistente en fundamentar el injusto del delito de prevaricación en la ausencia de divulgación publicitaria del procedimiento para solicitar la autorización.

Por último, parece conveniente recordar que la propia Administración, por boca del señor Villanueva Cendón (*sucesor* de Barreiro en la Consellería de Presidencia), defendió categórica e inequívocamente en el Parlamento de Galicia la legalidad (¡administrativa!) de la resolución dictada. Y también fue el señor Villanueva —y no, por cierto, Barreiro, como por error entendió el TS— (60) el que en foro jurisdiccional, en escrito de alegaciones ante la sala de lo contencioso, insistió enérgicamente en la legalidad de la autorización otorgada (61).

6.5. Consideraciones finales

Una vez examinados todos aquellos hechos que pudieran poseer relevancia a efectos de integrar el *tipo* del delito de prevaricación, cabe extraer la conclusión de que, a partir del relato declarado como probado por el Tribunal *a quo*, la resolución dictada por Barreiro no puede ser calificada de injusta y, en consecuencia, no se puede pronunciar ya el juicio de antijuridicidad.

No obstante, hay que efectuar, por último dos puntualizaciones.

Por una parte, debo insistir en que el examen realizado sobre la tipicidad se ha llevado a cabo con arreglo a los criterios de interpretación reservados para las normas penales y, por consiguiente, no pre-

(59) Que ello es así se evidencia no ya sólo en el dato de la inexistencia de maniobra limitadora alguna, sino también en la circunstancia de que, finalmente, fueron nada menos que veintidós las solicitudes presentadas. Y ello no puede ser irrelevante, cuando menos a efectos penales. Naturalmente, es posible —aunque es algo que nunca podremos saber— que con un sistema de publicidad adecuado se hubiesen presentado más solicitudes, pero tal *probabilidad* en modo alguno se opone a la conclusión alcanzada en el texto.

(60) En p. 52 de la sentencia del TS se recoge como dato (erróneo) revelador de la malicia de Barreiro el hecho de que éste se «autoinforme» en el recurso contencioso-administrativo presentado por una de las sociedades.

(61) Semejante defensa no puede quedar desvirtuada por el hecho de que posteriormente fuesen altos cargos del partido al que pertenecía el señor Villanueva los que, en vísperas de la moción de censura contra su Gobierno, presentasen el escrito de denuncia contra Barreiro, porque la denuncia estaba basada *exclusivamente* en la imputación de los delitos de cohecho y falsedad (*vid. supra* nota 1).

juzga la calificación de los hechos en el terreno del Derecho administrativo. Ahora bien, con respecto a ello conviene hacer una matización para salir al paso de una línea argumentativa esbozada en la sentencia del TS y que también estaba presente explícitamente en el voto particular del TSJG. A la hora de valorar la «injusticia» de la resolución, como elemento *objetivo* del tipo, carece de sentido diferenciación entre un «análisis aislado» de cada una de las irregularidades administrativas y una «valoración conjunta» de todas ellas. Tal diferenciación —como indiqué en otro lugar— podría poseer virtualidad desde la perspectiva subjetiva en la tarea de demostrar la presencia de una especie de dolo unitario, pero es irrelevante en la esfera de lo objetivo. Parece obvio declarar que la valoración conjunta de diversas irregularidades no puede operar un salto cualitativo, transmutando en delito lo que individualmente no pasa de ser un ilícito administrativo.

Por otra parte, si no hay un hecho antijurídico, el análisis del elemento culpabilístico (en este caso, el dolo) resulta, por tanto innecesario. Ahora bien, y sin perjuicio de lo que se comentará en el último apartado, no quisiera dejar de mencionar aquí, a modo de consideración genérica, que, aun cuando se llegase a la conclusión de que la resolución fue objetivamente injusta, la existencia del delito exigiría todavía demostrar la concurrencia de un conocimiento *actual* de los hechos. Conocimiento que, a la vista de las circunstancias (probadas) del caso concreto, resultaría difícilmente demostrable en algunos supuestos, como, por cierto, puso de relieve el TSJG en su sentencia.

7. LA CONSTATAION DEL ELEMENTO SUBJETIVO

Tal y como se anticipaba al inicio de este trabajo, algunos aspectos concernientes a la culpabilidad (dolo) merecen ser analizados al hilo de una cuestión de gran interés dogmático y de indudable alcance práctico que trae a un primer plano la sentencia del TS. Me refiero al debatido problema de cómo debe constatar un Tribunal la presencia de los elementos subjetivos del delito, cuyo exacto contenido únicamente podrá descubrirse, con certeza, penetrando en la mente de la persona de que se trate (62).

(62) Este problema ocupa un lugar preferente en el seno de la moderna literatura penal. Así se refleja, indudablemente, en la doctrina alemana, y también comienza a encontrar eco en la española, como lo atestigua el excelente trabajo de Díez Ripollés (*Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990). Con aportaciones como ésta se pretende sentar las bases de la necesaria revisión de los modelos tradicionales, los cuales apenas tienen en cuenta «los datos y conocimientos que nos brinda el estado actual de la Psicología y la Sociología» y continúan aferrándose, en cambio, «a las viejas concepciones de una Psicología asociacionista o puramente mecanicista» (Muñoz Conde, F., *Prólogo* a la obra de Díez Ripollés, p. 11).

Con arreglo a este punto de vista, también pueden dirigirse objeciones al razonamiento que el TS ha seguido para fundamentar su fallo condenatorio.

En cualquier caso, obsérvese que es una cuestión —si bien indudablemente relacionada con ella— diferente a la planteada en apartados anteriores. No se trata ahora de volver sobre la inadecuación de la teoría de las «inferencias» para interpretar hechos objetivos integradores del tipo de injusto, sino que lo que se pretende es examinar el procedimiento que el TS ha seguido para acreditar los *proprios* elementos subjetivos: más concretamente —en la concepción sustentada por el TS— el dolo como forma de culpabilidad, que comprende, por tanto, la conciencia de la antijuridicidad (63).

Abordar esta cuestión exige plantear en primer término, como paso previo, un problema de naturaleza estrictamente metodológica (64): averiguar cuáles son las bases epistemológicas en las que descansa el criterio de las inferencias. Parece claro que, entre las diversas perspectivas existentes, el TS se inscribe en la esfera de un (a mi juicio, plausible) enfoque psicológico-individual (65).

Ahora bien, asumir este enfoque, en detrimento de los demás, obliga, en rigor, a poner en práctica una metodología empírica que, ante todo, tenga como centro de atención fundamental la realización de peritajes (psicológicos y psiquiátricos) por parte de expertos (66). Sin embargo, para acreditar dichos elementos subjetivos, el TS basa toda su convicción en las «reglas de la experiencia humana».

Ciertamente, este procedimiento experimental puede ser útil cuando la Psicología y la Psiquiatría hayan demostrado su incapacidad para el conocimiento de la realidad psíquica, pero ello conlleva una serie de objeciones de entidad. Entre ellas hay que destacar que, obviamente, se trata de un procedimiento menos fiable que el científico y que se corre el riesgo de desnaturalizar el propio enfoque psicológico-individual, incurriendo en valoraciones *jurídicas* ajenas al mismo (67).

Todo ello tiene su importancia, dado que ambas objeciones pueden ser esgrimidas en el caso que nos ocupa. En efecto, de un lado, en

(63) Hay unanimidad a la hora de entender que el delito del párrafo 1 del art. 358 es de exclusiva comisión dolosa. Por lo demás, aunque algunos entienden que la expresión «a sabiendas» admite el dolo eventual (así, Octavio de Toledo, *op. cit.*, pp. 364 y ss.), la mayoría de la doctrina se inclina por considerar que es reveladora de un dolo directo (cfr., por todos, Orts, *op. cit.*, pp. 447 y s. y 450; Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 750; García Arán, *op. cit.*, pp. 128 y ss., con relación a la prevaricación judicial).

(64) *Vid.* Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 297.

(65) Me parecen plenamente compartibles las razones aducidas por Díez Ripollés, con las matizaciones oportunas (*op. cit.*, pp. 304 y ss.) a favor de la adopción de un enfoque psicológico-individual.

(66) *Vid.* Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 320 y s.

(67) Cfr. Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 322 y s.

su sentencia el TS entra a valorar realidades psíquicas, y lo hace en sentido diverso al sustentado por el TSJG. Se desemboca así en una paradoja: el TS, sin la intermediación procesal que comporta no haber participado en el juicio oral, deduce «malicia» en el acusado allí donde el TSJG (en el ejercicio de la potestad conferida por la ley) no la aprecia, tras haber «valorado exhaustivamente» —asegura el Tribunal gallego— la práctica de las pruebas y, en concreto, tras haber percibido directamente las declaraciones de los testigos y del propio acusado.

Pero hay más. Haciendo abstracción de lo que antecede, aceptemos plenamente que el TS —al amparo de la teoría de las inferencias y de las reglas comunes de la experiencia— puede deducir, en contra de la apreciación del Tribunal *a quo*, la existencia de dolo sobre la base de una interpretación diferente de los hechos *psicológicos*. Pero la validez de tal inferencia habrá de estar supeditada, al menos, a dos condiciones: justificar racionalmente por qué se modifica la conclusión del Tribunal de instancia (lo que al mismo tiempo supone demostrar la irracionalidad de esta última) y no desnaturalizar el enfoque psicológico-individual que se confiesa respetar. Sin embargo, habida cuenta de que estas dos condiciones no se cumplen, la inferencia del TS debe considerarse inválida, incluso allí donde teórica y conceptualmente sería posible: en el ámbito de la constatación de los elementos *subjetivos* del delito.

Aclaremos esto de la mano de uno de los ejemplos que pueden extraerse de la sentencia y que el TS considera especialmente revelador de la «malicia» con la que actuó Barreiro: el conocimiento de que la sociedad mercantil no estaba constituida. Como es sabido, el TSJG incorporó al relato de los hechos el dato de que «no aparece probado que el procesado conociese que la Sociedad en cuya representación actuaba el señor Olano no estuviese constituida». Sin embargo, el TS, en sus fundamentos de derecho, llega a la conclusión de que Barreiro «conocía perfectamente» tal circunstancia.

Vamos a admitir —cosa discutible— que el aserto del TS es una inferencia teórica y conceptualmente procedente (con arreglo a la propia doctrina de la sala segunda y del TC) y que, por tanto, no invade la esfera de la libre apreciación de la prueba del Tribunal *a quo* (68). Ahora bien, el problema es que el soporte argumental del TS para fundamentar tal inferencia contraria a los hechos probados se reduce a indicar que el procesado desempeñaba «un cargo tan relevante con atribuciones y, consecuentemente, con responsabilidad muy importantes, como el de Vicepresidente de la Xunta» y a efectuar, por otra

(68) De todos modos habría que matizar aquí la opinión del TS cuando afirma (p. 50) que la conclusión del TSJG es una «inferencia». Como se razonaba en el *recurso de amparo*, «más que una inferencia..., lo que ha plasmado (sc. el TSJG) es su íntima con-

parte, una *valoración jurídica* de la relevancia que tiene una sociedad no inscrita en el registro mercantil (69).

Frente a semejante argumentación hay que oponer que con ella se produce una *desnaturalización del enfoque psicológico-individual*, desde el momento en que el alto Tribunal está convirtiendo en doloso (dolo directo, además) lo que psicológicamente sería, en todo caso, sólo una imprudencia, y, por consiguiente, se contenta con un mero conocimiento *potencial* de la realidad allí donde tenía que verificar la existencia de un conocimiento *actual*, conversión que no puede ser admitida.

Y más allá de la objeción expuesta, derivada de una *contaminación* (por utilización de referencias normativas) del enfoque elegido, quisiera hacer hincapié en que el TS no sólo no ofrece una justificación razonada de su inferencia, sino que, además, por otro lado, reconoce que su conclusión se apoya *precisamente* en el propio relato de hechos que el TSJG declaró probados, lo cual resulta difícil de coonestar. Se muestra, así, una manifestación concreta de la paradoja anteriormente denunciada. En efecto, si el TS no entra a revisar la prueba y si el relato histórico le proporciona el dato de que no aparece probado que Barreiro conociese que la sociedad no estaba constituida, ¿cómo se puede obtener la convicción de que conocía perfectamente tal extremo? Resultaba aquí, en definitiva, imprescindible la necesidad de una rigurosa motivación, en la que el TS razonase con detenimiento qué indicios plenamente probados y qué nexo causal le han conducido a una conclusión opuesta a la que el Tribunal de instancia declaró probada (70).

vicción obtenida de la práctica de la prueba por intermediación. No son indicios los que le llevan..., a dictaminar esa conclusión, sino la apreciación de pruebas positivas». Y, tras remitirse a las actas del juicio oral, los letrados autores del recurso aseguraban que «el Tribunal “a quo” realizó la práctica de una prueba directa que no le indicaba que el procesado conociese aquel extremo y por ello consignó que “no aparece probado” tal dato» (pp. 128 y s.). A mayor abundamiento, en el recurso se formulaba el interrogante de saber hasta qué punto podría entenderse respetada la *presunción de inocencia*, cuando «un órgano judicial que actúa en segunda instancia, que no “entra” a revisar la prueba porque resuelve el recurso por una vía que no le permite acudir al sumario ni a las actas del juicio oral, cambia injustificadamente esa apreciación directa de la prueba por otra contraria al reo» (p. 129).

(69) En el marco de esa valoración jurídica se vuelve a reiterar, de forma similar, la idea de que no es concebible que una concesión de esta naturaleza se otorgue «sin comprobar y constatar, al menos, la realidad subyacente y tomar, en su caso, las correspondientes medidas cautelares» (STS, p. 30).

(70) Recuérdese lo que se acaba de indicar *supra* en nota 68. Por lo demás, en el aludido recurso de amparo se aclaraba cuáles eran las «pruebas positivas» en las que se apoyó el TSJG para formar su convicción. De la propia lectura de las actas del juicio oral, de las respuestas dadas por el procesado y por los testigos que intervinieron en la tramitación del expediente, se deduce que «no existe ninguna manifestación que apunte

Finalmente, análogas consideraciones a las que se acaban de realizar podrían efectuarse, *mutatis mutandis*, sobre otros hechos —ya citados en páginas anteriores— que el TS menciona como prueba del dolo: así sucede en el caso del informe del Ministerio del Interior, en el supuesto de las causas de la anulación de la primera autorización o en el informe de la comisión del juego de Galicia.

a que el señor Barreiro conoció en su momento tal particular, sino que, más bien, el expediente le fue presentado para su decisión “política” (la conveniencia de proceder a la autorización), pues otros órganos administrativos se encargaban de los demás detalles» (p. 129 del recurso).

