

## ANÁLISIS DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

Jordi Casas Hervilla  
*Fiscal*

### *Resumen*

La jurisprudencia y doctrina mayoritarias han venido interpretando que la locución, contenida en el delito de prevaricación del art. 404 CP, «a sabiendas de su injusticia», excluye la posibilidad de ejecutar el delito a título de dolo eventual. El presente trabajo explora opciones hermenéuticas alternativas, así como la viabilidad de desarrollar nuevas líneas de interpretación en torno al elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa.

*Palabras clave:* Prevaricación, dolo directo, dolo eventual, error de tipo, error de prohibición, injusticia, arbitrariedad.

### *Abstract*

The majority of case law and doctrine have interpreted that the expression, contained in the offence of prevarication of Article 404 CP, «aware of its injustice», excludes the possibility of committing the offence as eventual wilful misconduct. This paper explores alternative hermeneutic options, in addition to the feasibility of developing new lines of interpretation in relation to the subjective element in the offence of administrative prevarication.

*Keywords:* Prevarication, direct wilful misconduct, eventual wilful misconduct, type error, prohibition error, injustice, arbitrariness.

### Sumario

1. Consideraciones generales. 2. El elemento subjetivo del delito de prevaricación en la doctrina y la jurisprudencia española. 2.1. *El elemento subjetivo en la doctrina.* 2.2. *El elemento subjetivo en la jurisprudencia.* 2.3. *La locución «a sabiendas de su injusticia» como alusión genérica al dolo.* 3. Propuesta personal.

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

El delito de prevaricación, sea en su modalidad de prevaricación administrativa del art. 404 CP, de prevaricación en el acceso a la función pública del art. 405, de prevaricación ambiental del art. 329 CP, de prevaricación en la gestión del patrimonio histórico del art. 322 CP, o de prevaricación urbanística del art. 320 CP, constituye, sin ningún género de dudas, la figura criminal más relevante en la lucha contra la corrupción pública.

En apretada síntesis, puede afirmarse que si bien es cierto que existen otras figuras delictivas directamente asociadas al fenómeno de la corrupción pública, que, cuanto menos en abstracto parecen encerrar un mayor desvalor en su ejecución, así como una mayor ofensividad, como el cohecho, el tráfico de influencias, la malversación de caudales públicos o la defraudación a la Administración Pública, no lo es menos que, sin embargo, las posibilidades reales de persecución de los referidos ilícitos resultan en la práctica minúsculas.

No en vano, debe recordarse que, por lo general, los delitos de cohecho, malversación o defraudación a la Administración Pública, suelen ser ejecutados en la intimidad de los despachos o de los domicilios de los implicados. De suerte que el concierto entre aquellos, esencial al objeto de acreditar la realización de los referidos ilícitos, resultará prácticamente imposible de probar, con excepción de aquellos casos en que los órganos encargados de la investigación cuenten con grabaciones de las conversaciones que acrediten el concierto concurrente entre los implicados, así como el ánimo que guio su actuación.

A su vez, debe advertirse que la posibilidad de lograr interceptar las conversaciones de los implicados, vendrá ineludiblemente precedida por la posibilidad de que las autoridades competentes hayan accedido previamente a la noticia criminal. Pues sin indicios de la comisión del delito resulta

sencillamente imposible que pueda autorizarse pesquisa alguna dirigida al esclarecimiento de unos hechos cuya ejecución se ignora.

De ahí que si convenimos en que los delitos de la naturaleza de los referidos se caracterizan por desarrollarse en espacios íntimos, de suerte que los únicos sujetos conocedores de su ejecución resultarán ser los directamente implicados, también deberemos convenir en la práctica imposibilidad de adquirir conocimiento de la noticia criminal al momento de su ejecución, y por ello, a su vez, en la extraordinaria dificultad de lograr interceptar, cuanto menos de un modo legal, las conversaciones que permitan acreditar los hechos delictivos.

Por lo general, el acceso a la noticia criminal por parte de los órganos encargados de la investigación de este tipo de ilícitos se producirá transcurridos varios años desde su ejecución, una vez que el plan criminal ejecutado por los implicados cristalice en el dictado de alguna resolución administrativa, que normalmente resultará económicamente ventajosa para alguno de los sujetos concertados.

Resolución esta que, no obstante, usualmente aparecerá, cuando menos desde un prisma formal, revestida de una cuidada apariencia de legalidad. De ahí la importancia del delito de prevaricación administrativa, como principal herramienta en la lucha contra la corrupción pública.

A pesar de que el Código Penal Militar no castiga el delito de prevaricación administrativa, no se aprecian obstáculos para considerar que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil también pueden reunir las condiciones precisas para erigirse en sujetos activos del delito y, por ello, para ser sancionados con arreglo al art. 404 CP. Por ello el análisis de esta compleja figura delictiva también resulta de interés en el orden castrense.

## 2. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO DE PREVARICACIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Tanto la doctrina académica como la jurisprudencia han repetido hasta la saciedad que el delito de prevaricación administrativa, en cualquiera de sus modalidades, no puede ni debe sancionar la mera contrariedad de las resoluciones administrativas con el ordenamiento jurídico administrativo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. Hava García, E. (2013). Prevaricación de los funcionarios públicos. En: Álvarez García, F. J. (dir.). Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial (Tomo III). Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 136:

«No toda resolución ilegal dictada por autoridad o funcionario público en un asunto administrativo es típica a efectos de lo dispuesto en el art. 404 CP, sino solo aquellas

En palabras de la STS 197/2018, de 25 de abril,

«no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que perdería su carácter de ultima ratio. [...] De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trate de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación».

En definitiva, únicamente aquellas resoluciones administrativas cuya contrariedad con el ordenamiento vigente resulte manifiesta, patente, y grosera podrán ser adjetivadas como prevaricantes. Opción lógica, por lo demás, en tanto que lo contrario no solo supondría una quiebra del principio de fragmentariedad del derecho penal, sino que asimismo conduciría a una suerte de confusión entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa.

Como recuerda la STS 780/2021, de 14 de octubre,

«la Sala ha descrito que el tipo penal precisa, no solo que el sujeto activo del delito de prevaricación administrativa tenga la consideración de autoridad o de funcionario público, sino que: 1) Adopte una decisión en cualquier asunto que le esté encomendado en consideración a su cargo, único supuesto en el que pueden dictarse resoluciones o decisiones de orden administrativo; 2) Que la resolución sea arbitraria, en el sentido de contradictoria con el derecho, lo que puede manifestarse no solo por la omisión de trámites esenciales del procedimiento, sino

---

que resulten “arbitrarias”, cualificación que obliga a distinguir las ilegalidades cuyo control corresponde a la jurisdicción contenciosa de las que, trascendiendo ya el estricto ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito de prevaricación por vulnerar abiertamente los principios constitucionales de la imparcialidad, igualdad de oportunidades, de legalidad, etc... que conforman la actuación de la Administración. [...] En cualquier caso, la interpretación del término “arbitraria” que realiza tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria tiene la virtud de aclarar que, desde una perspectiva objetiva, el injusto de la prevaricación requiere una infracción del principio de legalidad tan grave como para suponer la nulidad de pleno derecho del acto [...] por constituir estos supuestos las lesiones más clamorosas del bien jurídico protegido».

también por la falta de competencia para resolver o decidir entre las opciones que se ofrecen respecto sobre una cuestión concreta, o también por el propio contenido sustancial de la resolución, esto es, que en todo caso la decisión no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable y 3) Que se dicte a sabiendas de esa injusticia o, lo que es lo mismo, que se haya dictado con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con conocimiento de actuar contra los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver tal cuestión (SSTS 443/2008, de 1 de julio, o 1021/2013, de 26 de noviembre, entre muchas otras)».

A la vista de lo antedicho, lógico sería pensar que el análisis de los casos de prevaricación debiera resultar relativamente sencillo, de modo que todos aquellos supuestos en que la autoridad o funcionario hubieran dictado una resolución que no admitiera interpretación jurídicamente viable en derecho debieran ser siempre considerados delictivos, procediéndose en sentido contrario en caso de que la resolución dictada, aún y siendo adjetivada como «incorrecta», fruto de su contrariedad con el ordenamiento jurídico administrativo, admitiera, no obstante, algún tipo de interpretación plausible con arreglo a los métodos hermenéuticos admitidos por el ordenamiento jurídico.

Lamentablemente, lo cierto es que en la práctica el análisis de los supuestos de prevaricación no ha sido nunca, ni de lejos, tan sencillo, fruto de una, cuanto menos, controvertida configuración del elemento subjetivo.

Y ello, por cuanto el delito de prevaricación administrativa se caracteriza por tipificar únicamente modalidades dolosas de ejecución del delito, cuestión está sobre la que nada cabe discutir en virtud de lo preceptuado por el art. 12 de nuestro Código Penal, para el que «las acciones u omisiones imprudentes solo serán castigadas cuando expresamente lo disponga la ley». A tal efecto, recuérdese que el art. 404 CP reza que comete prevaricación «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo».

A la vista de la redacción ofrecida al precepto resulta evidente que la primera cuestión que deberá resolverse en el análisis del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa será la siguiente: ¿cabe afirmar que la expresión «a sabiendas de su injusticia» debe conducir a la exclusión típica de los supuestos de dolo eventual?

Adviértase, en todo caso, que se trata esta de una cuestión de extraordinaria relevancia en el orden práctico, pues la determinación de la

conurrencia del dolo directo de primer grado en el sujeto activo del delito difícilmente podrá obtenerse mediante el exclusivo análisis de los documentos que componen el expediente administrativo —única prueba con la que en la mayoría de las ocasiones se contará—.

## 2.1. ESTADO DOCTRINAL DE LA CUESTIÓN

Contrariamente a lo que pudiera parecer, la cuestión acerca del elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa no resulta pacífica.

La doctrina mayoritaria ha venido entendiendo que la expresión «a sabiendas de su injusticia», empleada por el art. 404 CP, excluye cualquier tentativa de admitir la ejecución del tipo mediante de dolo eventual, permitiendo así, tan solo, la subsunción de las conductas ejecutadas con dolo directo o de segundo grado.

Según se indica por estos, la expresión «a sabiendas», con arreglo a los usos lingüísticos usualmente admitidos habría sido tradicionalmente interpretada como exigencia de dolo directo de primer grado<sup>2</sup>.

Comparten esta opinión autores como Jesús Catalán Sender<sup>3</sup>, Francisco Alonso Pérez, Esther Hava García, y Carlos Mir Puig, entre otros muchos.

---

<sup>2</sup> Vid. Cantero Cerquella, C. J. (2010). La responsabilidad de los funcionarios por delitos ambientales. Madrid, Reus. P. 447:

«La clave para determinar si es aceptable este dolo eventual en los arts. 320, 322 y 329 CP, se encuentra en analizar la fórmula final utilizada por el legislador para concretar el aspecto subjetivo de estos tipos. En efecto, no se introdujo el concepto multívoco de “intención” o “intencionalidad”, ni el de “dolosamente”; tampoco se le exigió al funcionario actuar de “mala fe”, que posiblemente puede expresar la exigencia de un dolo directo de primer grado: la expresión finalmente aceptada por el legislador penal fue “a sabiendas”, que se caracteriza, según el uso lingüístico actualmente uniforme de la ley, como exigencia siempre de dolo directo. [...] Con este componente subjetivo lo que se está queriendo decir es que el funcionario o autoridad ha de tener un conocimiento —en el sentido de entendimiento— seguro y pleno, un estado de consciencia, no solo de la injusticia o arbitrariedad que su conducta va a acarrear, sino también de todos los demás elementos típicos de estos tipos penales. Y este conocimiento pleno, a mi entender, no se produce cuando el sujeto activo asume la probabilidad de que su acción pudiese ser antijurídica, sino únicamente acontece cuando comprende la clara arbitrariedad que va a realizar y a pesar de ello procede».

<sup>3</sup> Vid. Catalán Sender, J. (1999). Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos. Barcelona, Bayer. P. 60: «Se discute si puede cometerse con mero dolo eventual [...] lo cual es dudoso al tener difícil encaje el mero dolo eventual con la arbitrariedad palmaria, ya que esta casa mejor con el dolo directo, pese a lo cual viene siendo admitido por un sector muy cualificado de nuestra doctrina».

Vid. Morillas Cueva, L. (2021). La Compleja interpretación del término «a sabiendas» en la prevaricación administrativa. En: Libro Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista, varios autores. Madrid, Boletín Oficial del Estado.

En sentido contrario, quienes han admitido la posibilidad de sancionar las conductas ejecutadas con dolo eventual han empleado distintos argumentos que, en apretada síntesis, pueden resumirse del siguiente modo:

La locución «a sabiendas» contiene una referencia genérica al elemento intelectual del dolo —no así al volitivo—, extremo que impide excluir de plano la ejecución dolosa del delito de prevaricación administrativa.

Siendo el elemento intelectual un elemento común a las diferentes modalidades de dolo, incluido el dolo eventual, la locución que nos encontramos analizando no permitiría su exclusión<sup>4</sup>.

---

Vid. Hava García, E. *Ibid.*, p. 140:

«La referida expresión, en definitiva, hace referencia al dolo del sujeto, que en este caso consistirá en la voluntad de realizar el tipo con conocimiento de la “injusticia” de la resolución (esto es, de su carácter abiertamente ilegal-arbitrario), lo que parece que debe interpretarse como la imposibilidad de estimar supuestos de dolo eventual en la prevaricación administrativa. Así lo entiende la Jurisprudencia mayoritaria, en la medida en que exige una “intención deliberada” de realizar el hecho con plena conciencia de la ilegalidad e injusticia de la resolución [...] lo que excluye la apreciación de cualquier modalidad subjetiva distinta al dolo directo [...] dado que el legislador penal de 1995 decidió suprimir la modalidad imprudente del delito de prevaricación administrativa».

Vid. Alonso Pérez, F. (2002). *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal: legislación, comentarios, jurisprudencia*. Madrid, Dykinson. P. 215: «La intención dolosa o el repetido conocimiento de la ilegalidad no basta deducirla de consideraciones más o menos fundadas, sino que es necesario, como en todo derecho inculpativo, una prueba evidente que no deje duda alguna del comportamiento anímico».

<sup>4</sup> Vid. Górriz Royo, E. (2004). *Los delitos de prevaricación urbanística*. Valencia, Tirant lo Blanch. P. 112:

«entendido el dolo eventual como una modalidad de dolo cuya clasificación se deduce atendiendo al elemento volitivo, difícilmente cabe excluir el castigo de esta o cualquier otra modalidad dolosa. Porque cualquiera que sea la clase de dolo que se verifique, quedaría abarcada por el conocimiento del autor. La diferencia entre dichas clases solo estribaría en el grado de voluntad. De manera que, si el elemento “a sabiendas” se refiere específicamente al conocimiento del hecho exigido en sede de culpabilidad, cuando este se verifique puede abarcar, tanto la voluntad directa de prevaricar, como la eventual intención de cometer dicho ilícito».

Vid. Sanz-Díez de Ulzurrun, M. (2007). *Dolo e imprudencia en el Código penal español*. Valencia, Tirant lo Blanch. P. 349:

«La línea doctrinal que se está analizando sostiene que la expresión “a sabiendas” constituye una referencia al aspecto cognoscitivo del dolo en relación con todos o alguno de los elementos del tipo. Ahora bien, como el conocimiento es un elemento común a todas las clases de dolo y como la locución “a sabiendas” no contiene referencia alguna a la voluntad o intención, desde esta posición se concluye que la citada expresión no supone restricción alguna dentro del ámbito de lo doloso y permite incluir el dolo eventual [...] En suma, desde una interpretación gramatical del término “a sabiendas” no es posible concluir, a mi juicio, que constituya una exigencia de dolo directo de primer grado con la función de excluir, en todo caso y siempre, el dolo eventual. Gramaticalmente, la expresión significa conocimiento seguro o pleno que, como se indicó en el capítulo anterior, es equiparable con carácter general, a la representación de la

Quienes sostienen la corrección de dicha hipótesis consideran que el elemento intelectual exigido por el art. 404 CP también se encuentra presente en los supuestos en que existe representación mental sobre la alta probabilidad de realización de la conducta delictiva. Dicha representación y alta conciencia de la antijuridicidad de la conducta bastan para entender que el sujeto actúa a «sabiendas de su injusticia» y, por ello, que la conducta resulta subsumible en el tenor del delito de prevaricación administrativa.

La locución «a sabiendas de su injusticia» alude a la culpabilidad del sujeto activo del delito, y en concreto a su conciencia de antijuridicidad. De admitirse, ningún problema debiera existir a la hora de subsumir las conductas ejecutadas con dolo eventual en el tenor del precepto.

Según la apuntada tesis, el examen del conocimiento o conciencia de la contrariedad a derecho debe enmarcarse en el ámbito del error de pro-

---

alta probabilidad. Por ello, puede interpretarse como un criterio específico relativo al grado de conocimiento que emplea el legislador, con carácter ad hoc, para la selección de las conductas punibles en ciertos tipos delictivos y permite incluir los supuestos que tradicionalmente se encuadran en la categoría del dolo directo de segundo grado, así como algunos supuestos de dolo eventual —aquellos en los que el riesgo representado por el autor hace altamente probable la producción del resultado—.

Vid. González Cussac, J. L. (1997). El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos. Valencia, Tirant lo Blanch. P. 114:

«A mi juicio, la expresión “a sabiendas” contiene una exigencia de la modalidad dolosa. Es decir, incluye todas las clases de dolo, entre ellas el eventual, y excluye categóricamente la imprudencia. [...] Pero la razón fundamental se encuentra en la conjugación por una parte del concepto de dolo y sus clases, y de otra del sentido gramatical y sistemático del término “a sabiendas”. [...] Esta expresión se refiere inequívocamente al grado de conocimiento exigido al autor en la figura legal. Y en principio no va más allá del mismo, es decir, no se extiende a la voluntad o al contenido de su querer. Ello se demuestra en que tradicionalmente, cuando el legislador desea incidir en el elemento intencional lo hace claramente, utilizando los términos “de propósito” o “intencionadamente”. [...] Si ello es así, la locución “a sabiendas” se identifica con el elemento intelectual del dolo (el conocimiento del hecho, que es igual para dolo directo y dolo eventual, pues su diferencia solo se halla en el contenido de voluntad del sujeto, y nunca, reiteramos, en la consciencia del hecho».

Vid. Boldova Pasamar, M. Á. (1999). Los delitos urbanísticos. Barcelona, Atelier. Pp. 252 y ss.:

«no está tan claro que quede también al margen de la tipicidad la responsabilidad por dolo eventual, tal y como sostiene buena parte de la doctrina. Como ha puesto de manifiesto Cerezo Mir para justificar la inclusión del dolo eventual en tal expresión, el mismo término “a sabiendas” se utiliza en el art. 329, y aquí, puesto que legalmente admite la comisión imprudente (art. 331) —rechazada, eso sí, por un sector doctrinal—, no cabe duda de que dicha expresión comprende el dolo eventual».

hibición —en los términos descritos por el art. 14.3 del Código penal—. Por ello, de concluirse que el error en que incurrió el autor del delito era vencible el hecho deberá castigarse con arreglo al art. 14.3 CP, si bien con la oportuna reducción de la pena en un grado<sup>5</sup>.

Por último, creo que también cabe plantear que pudiera resultar absurdo sostener que la locución «a sabiendas de su injusticia» excluye el dolo eventual, procediendo acto seguido a admitir la posibilidad de la condena por delito imprudente en aquellos supuestos en que el legislador expresamente lo haya previsto en aplicación del art. 12 del Código penal. Adviértase que el legislador ha tenido a bien emplear la expresión «a sabiendas» al describir otras figuras delictivas en que el castigo de la ejecución imprudente se halla expresamente admitido —v. gr., el delito de prevaricación judicial de los arts. 446 y 447 CP o el de blanqueo de capitales del art. 301 CP—.

A mayor abundamiento, debe recordarse que el art. 358 del derogado Código penal de 1973 castigaba además de la ejecución dolosa del delito de prevaricación administrativa, la imprudente. Según rezaba el precepto: «El funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución injusta en asunto administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación especial. Con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo».

Adviértase que las redacciones del anterior art. 358 y del actual art. 404 del Código penal resultan prácticamente idénticas —de no ser por el elemento de la arbitrariedad—.

---

<sup>5</sup> Vid. Faraldo Cabana, P. y Puente Aba, L. M.<sup>a</sup> (coords.). (2011). Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y legislación especial. Valencia, Tirant lo Blanch. P. 173:

«la presencia del elemento subjetivo del tipo no impide que se pueda cometer el delito por dolo eventual. Y no solo este argumento puede esgrimirse, sino que incluso admitiendo la incompatibilidad de la presencia de un elemento subjetivo del tipo penal con el dolo eventual, el delito de prevaricación urbanística puede ser cometido por dolo eventual [...] la expresión “a sabiendas de su injusticia” debe ser interpretada como conocimiento de la antijuridicidad de la conducta».

Vid. González Cussac, J. L. *Ibid.*, p. 80:

«Sabido es que la presencia de un elemento subjetivo cierra generalmente el paso de la imprudencia. Pero la doctrina mayoritaria excepcionalmente acepta esta posibilidad en los supuestos de error vencible sobre la prohibición siempre, claro está, que este error sea independiente de las exigencias subjetivas. De modo que cabría imaginar hipótesis donde el sujeto pudiera prevaricar como consecuencia de una imprudencia jurídica».

## 2.2. ESTADO JURISPRUDENCIAL DE LA CUESTIÓN

A pesar de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradísimas ocasiones sobre el tema que ahora nos encontramos analizando, puede afirmarse que los pronunciamientos dictados han resultado oscilantes. En definitiva, puede concluirse que no está clara la concreta configuración que el Alto Tribunal ofrece al elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa.

En mi opinión, resulta posible distinguir en la jurisprudencia hasta tres posturas:

(i) La expresión «a sabiendas de su injusticia» excluye la posibilidad de apreciar el dolo eventual

En palabras de la STS 694/2018, de 21 de diciembre, el elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa, «requiere la intencionalidad dolosa, con dolo directo y no eventual, pues la expresión “a sabiendas” impide la concurrencia de una situación de potencial representación mental, y el obrar indiferente al respecto, sino que exige el tipo penal que el autor obre con conciencia y voluntad de querer infringir la norma, de una forma, no meramente ilegal, sino arbitraria». Idea que, entre otras muchas, también se encuentra presente en las SSTS 654/2004, de 25 de mayo; 340/2012, de 30 de abril; 841/2013, de 18 de noviembre; 600/2014, de 3 de septiembre; 795/2016, de 25 de octubre; 302/2018, de 20 de junio; 477/2018, de 17 de octubre; 654/2018, de 14 de diciembre; 694/2018, de 21 de diciembre; 294/2019, de 3 de junio; 288/2019, de 30 de mayo; 57/2020, de 20 de febrero; 507/2020, de 14 de octubre.

Ello implica, tal y como señala la STS 1051/2013, de 26 de septiembre, que el conocimiento del sujeto activo del delito, es decir, su dolo, «debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución». Y, desde luego, la necesidad de excluir la aplicación del tipo penal a los supuestos en que la autoridad o funcionario tiene dudas razonables sobre la injusticia de su resolución.

(ii) La locución «a sabiendas de su injusticia» alude a la conciencia de antijuridicidad del sujeto activo del delito, esto es, al *dolus malus*:

La STS 18/2014, de 23 de enero, constituye un claro exponente. En ella, se indica que

«en relación al conocimiento de la injusticia de la resolución hemos dicho también que: En el delito de prevaricación administrativa la “arbitrariedad de la resolución es un elemento normativo del tipo”. Pero, a diferencia de otros supuestos, como el del hurto de la cosa ajena, la diferenciación entre la injusticia de la resolución dictada y la

del acto de dictarla —posibilitando concluir, en algún caso, que no es injusto dictar una resolución injusta— constituye un uso del lenguaje que lleva a interpretación contraria al sentido de la ley. Por eso la interpretación de la expresión, utilizada en el art. 404 del Código Penal, “a sabiendas de su injusticia” no debe llevar a tener por atípica la decisión del funcionario, sino a su mera exculpación, cuando se estime que no actuó bajo esa condición (STS de 4 de marzo de 2010 resolviendo el recurso 1231/2009)».

Por otro lado, tal y como se indica en la STS 623/2020, de 19 de noviembre,

«no se requiere que el dolo del autor sea el denominado *dolus malus* que implica una representación del sujeto sobre la oposición entre su comportamiento y el derecho. Es suficiente el denominado dolo natural o, si se quiere, dolo típico, referido al hecho típico. En el delito de prevaricación ese dolo implica el conocimiento del contenido de la resolución que dicta el funcionario y la voluntad de adoptarla. Pero no implica que el autor lleve a cabo una valoración de ese contenido de la resolución. Aunque la arbitrariedad debe predicarse de dicho contenido, la valoración de esta se resuelve en la valoración de la propia conducta de su adopción, y por ello de la conducta del autor. Pero la valoración por el autor sobre la transcendencia jurídica de su comportamiento se inserta ya en el *dolus malus* como parte de la imputación personal o culpabilidad. En consecuencia, como dejamos dicho con anterioridad, el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de esta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe».

Criterio seguido, asimismo, entre otras muchas por las SSTS 179/2021, de 2 de marzo de 2021; 605/2013, de 8 de julio, 222/2010, de 4 de marzo, 303/2013, de 26 de marzo.

(iii) Solo con carácter absolutamente residual se ha entendido por nuestro Tribunal Supremo que la expresión «a sabiendas de su injusticia» aludiría a una referencia genérica al dolo que permitiría la apreciación del dolo eventual.

Así, la STS 1127/2009, de 27 de noviembre, señalaba que,

«en cuanto al dolo, expresamente referido en el art. 320.1 con el giro “a sabiendas”, existe un factor no despreciable para inferir la

existencia de todo dolo: Juan era asesor legal del Ayuntamiento y ejercía en el ámbito urbanístico —aunque no solo en él—, y esa condición evidencia, conforme a la experiencia general, que no actuaba como ciego servidor del experto técnico —lo que incluso no descartaría su dolo eventual—<sup>6</sup>.

Asimismo, algunos pronunciamientos recientes parecen dejar abierta la puerta a la admisibilidad del dolo eventual. En concreto, las SSTs 227/2020, de 26 de mayo y 409/2020, de 20 de julio, indican que

«[s]obre esta última cuestión [en referencia a la admisibilidad del dolo eventual] y dejando al margen la jurisprudencia que no ha sido constante a la hora de determinar si el delito de prevaricación admite o no esa modalidad de dolo, lo cierto es que en este caso no se justifica en base a qué hechos se afirma la existencia de dolo eventual».

En cualquier caso, el análisis de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo permite extraer algunas conclusiones de gran interés:

a.- En primer lugar, permite constatar que, en efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, emanada a lo largo de la última década, se ha mostrado sumamente oscilante, afirmando de modo indistinto y cuasi simultáneo en el tiempo, que la locución «a sabiendas de su injusticia» constituye un elemento del tipo subjetivo, o por el contrario, identificando dicha expresión con la conciencia de anti-juridicidad que se ubica en la culpabilidad.

---

<sup>6</sup> Vid. Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.<sup>a</sup> J. (2016). De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. En: Quintero Olivares, G. (dir.). Comentarios a la Parte especial del Derecho penal. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi. P. 1613:

«la jurisprudencia no ha dudado en considerar dolosa la conducta del funcionario que dicta una resolución objetivamente injusta —arbitraria—, sin haber utilizado los medios técnicos puestos a su alcance para comprobar su concordancia con el ordenamiento jurídico, o cuando, habiéndolo hecho, ha resuelto de forma distinta (STS 10 de mayo 1993, antes citada). En estos supuestos, sobre cuya calificación el Tribunal Supremo no se ha manifestado con precisión, pues le ha bastado con encuadrarlos genéricamente en el ámbito de lo doloso, en realidad se está en presencia de formas dolosas eventuales de prevaricación».

Vid. STS n.º 1127/2009, de 27 de noviembre (n.º recurso: 1539/2008):

«En cuanto al dolo, expresamente referido en el art. 320.1 con el giro “a sabiendas”, existe un factor no despreciable para inferir la existencia de todo dolo: Juan era asesor legal del Ayuntamiento y ejercía en el ámbito urbanístico —aunque no solo él—, y esa condición evidencia, conforme a la experiencia general, que no actuaba como ciego servidor del experto técnico —lo que incluso no descartaría su dolo eventual—».

b.- En segundo lugar, permite verificar el distinto tratamiento que se ha venido dispensando a la expresión típica «a sabiendas», pues, a modo de ejemplo, al analizar los delitos de receptación y blanqueo de capitales la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha afirmado de forma unánime que dicha expresión constituye una referencia genérica al dolo, admitiendo por ello el dolo eventual<sup>7</sup>.

Como señala la STS 982/2021, de 15 de diciembre,

«el delito de blanqueo de capitales tipificado en el art. 301 CP no goza de un régimen probatorio relajado, ni legal ni jurisprudencial. Solo cuando el bagaje probatorio permita llegar a una convicción sin margen para una duda razonable, de que un sujeto maneja con alguna de las finalidades previstas en el precepto fondos o bienes que proceden de actividades constitutivas de delito, conociendo ese origen, o, al

---

<sup>7</sup> A modo de ejemplo vid. la STS n.º 1038/2013 (n.º recurso: 925/2013):

«Este delito exige entre sus requisitos como elemento subjetivo del tipo el conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio. Para ello no basta con una simple sospecha, duda o recelo, sino que se ha de tener la certidumbre (estado anímico de certeza) de que los objetos adquiridos proceden de un delito contra los bienes, o sea que son de procedencia delictiva (STS 1581/1997, 12 de diciembre; 447/1999, 15 de marzo; 610/1999, 20 de abril y 1422/1999, 6 de octubre y 8/2000, 21 de enero de 2000; sin que ello deba suponer un conocimiento detallado de las circunstancias concretas del delito del que proceden los objetos. Por otra parte, siendo el conocimiento del origen ilícito un elemento subjetivo del tipo de naturaleza psicológica su acreditación habrá de establecerse normalmente por inducción a través de inferencias lógicas o inequívocas (STS 1374/1997, 12 de noviembre), a partir de datos objetivos o de circunstancias materiales acreditadas, siendo de las más significativas la irregularidad de la compra, o el precio vil, es decir, la compra del objeto por precio desproporcionadamente inferior al de mercado. Ese conocimiento —concluye la STS 1128/2001, 8 de junio— no implica el de todos los detalles o pormenores del delito antecedente, ni el nomen iuris que se le atribuye, pero no basta tampoco la simple sospecha de su procedencia ilícita sino la seguridad de la misma [...] El cuarto motivo coincide con el segundo del anterior recurrente, por lo que será estimado en sus propios términos, mientras que el motivo quinto invoca la vulneración de la presunción de inocencia, aspecto este ya estudiado en el primer motivo de Luis Antonio, por lo que nos remitimos a las propias pruebas que tuvo en consideración de la Sala sentenciadora de instancia, añadiendo que ambos recurrentes nunca negaron la recepción del cobre pelado adquirido de los también acusados Luis Enrique, Eladio, Iván y Rodolfo, sino el conocimiento de que tales personas les estaban vendiendo material de origen delictivo, lo que se encuentra sobradamente probado en autos en función de la cantidad recibida de manos de quienes no podían poseerlo legalmente, por lo que desde la perspectiva del dolo eventual la culpabilidad ha quedado plenamente acreditada. En suma, la venta masiva de cobre de personas que no podía pensarse de modo alguno que lo poseyeran legalmente, dada la inexistencia, como decimos, de cualquier conexión con una entidad dedicada a tal tráfico ilícito, debe activar los mecanismos de control por quien compra tal material, despejando cualquier duda al respecto, lo que incide en la culpa eventual, que aquí ha de declararse como probada».

menos, representándose y mostrando indiferencia frente a ello (dolo eventual), puede abrirse paso una condena por delito doloso de blanqueo de capitales».

*Vid.*, asimismo, las SSTS 624/2021, de 14 de julio; 601/2021, de 7 de julio; 567/2021, de 30 de junio; o, 385/2021, de 5 de mayo.

- c.- En tercer lugar, permite constatar que en aquellas ocasiones en que el Tribunal Supremo ha descartado la posibilidad de comisión del delito de prevaricación mediante dolo eventual lo ha venido haciendo, desarrollando una interpretación gramatical del tipo. A tal efecto, resulta fácil advertir que en estos supuestos la Sala Segunda del Alto Tribunal ha despachado la controvertida cuestión sin expresar la posible existencia de otras opciones interpretativas, y, por ello, sin expresar los motivos que le conducirían a rechazarlas.
- d.- En cuarto lugar, debe asimismo destacarse, aún y cuando pudiera parecer paradójico, que el propio Tribunal, en algunas ocasiones, ha criticado duramente la interpretación gramatical del precepto antes referenciada, afirmando que semejante opción hermenéutica puede conducir a resultados asistemáticos e incoherentes: «posibilitando concluir, en algún caso, que no es injusto dictar una resolución injusta —lo que constituye un uso del lenguaje que lleva a una interpretación contraria al sentido de la ley—» —*vid.* SSTS 18/2014 de 23 de enero; 1160/2011, de 8 de noviembre; 303/2013, de 26 de marzo; o, 222/2010 de 4 de marzo—.
- e.- En quinto y último lugar, considero de particular interés subrayar que en aquellas ocasiones en que el Tribunal Supremo ha optado por atribuir a la locución «a sabiendas de su injusticia» la consideración de elemento de la culpabilidad lo ha hecho al analizar supuestos de responsabilidad penal del extraneus en el delito del intraneus. A tal efecto, no debe olvidarse que, sin perjuicio de resultar admisibles otras opciones dogmáticas, por lo general ha venido considerándose que solo integrando el conocimiento de la injusticia en la culpabilidad cabrá la posibilidad, en un ámbito regido por la teoría de la accesoriedad limitada, de sancionar al extraneus sin hacer lo propio con el intraneus<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Vid. Casas Hervilla, J. (2018). La participación del extraneus en el delito de prevaricación administrativa: principales problemas y propuestas para su solución. Estudios penales y criminológicos. N.º 38.

### 2.3. LA LOCUCIÓN «A SABIENDAS DE SU INJUSTICIA» COMO ALUSIÓN GENÉRICA AL DOLO

Hemos tenido ocasión de señalar anteriormente que para un cualificado sector de la doctrina la expresión «a sabiendas de su injusticia» opera, en realidad, a suerte de mera alusión genérica al dolo del sujeto activo del delito. Extremo que, de admitirse, que en ningún caso permitiría excluir la imputación del delito de prevaricación a título de dolo eventual.

Su propuesta, por su importancia, merece de un detallado análisis<sup>9</sup>.

Con arreglo a la meritada tesis doctrinal la expresión objeto de estudio, «a sabiendas», únicamente aludiría al elemento cognoscitivo del dolo, imponiendo la exigencia de que el sujeto activo del delito obre con conocimiento de la ilicitud ejecutada. Sin embargo, dicha locución, al no contener referencia alguna acerca del elemento volitivo del sujeto activo del delito, no permitiría exigir la concurrencia de un ánimo o intención específicos en la autoridad o funcionario público que dictaren la resolución delictiva.

La conclusión antes apuntada resulta de extraordinaria relevancia si atendemos a la circunstancia de que la delimitación entre las diferentes modalidades de dolo —de primer grado, de segundo grado y eventual—, gravitan principalmente en torno a las diferencias concurrentes en relación al elemento volitivo.

Por el contrario, la configuración del elemento intelectual resulta, cuando menos en lo sustancial, común a las tres modalidades de dolo.

Recuérdese que el dolo directo de primer grado se apreciará en los casos en que el sujeto conozca y desee la realización de los elementos objetivos del tipo; el dolo directo de segundo grado en los que el sujeto conoce que con su conducta realizará el tipo objetivo con seguridad, si bien su ejecución no es directamente deseada; mientras que los supuestos de dolo eventual se caracterizan porque en ellos el sujeto si bien no quiere directamente la realización del tipo objetivo del delito conoce o se representa la alta probabilidad de su realización.

En definitiva, no cabe sino concluir que el elemento cognoscitivo del dolo se encuentra presente en sus distintas modalidades, apreciándose, sin embargo, sustanciales diferencias en torno a la configuración del elemento volitivo, que en los casos de dolo eventual aparece claramente desdibujado o incluso anulado.

---

<sup>9</sup> Vid. Casas Hervilla, J. (2020). *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*. Madrid, Reus.

A la vista de todo ello, parecen existir buenas razones para concluir que en tanto la locución «a sabiendas» únicamente alude al elemento intelectual del dolo, no cabría excluir la imputación a título de dolo eventual del delito de prevaricación administrativa.

Debe sin embargo precisarse que de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española puede decirse que actúa «a sabiendas» quien obra con certeza y seguridad.

Trasladando dichas consideraciones al análisis del art. 404 CP cabría concluir que la locución «a sabiendas» implicará no solo que el sujeto activo del delito deba obrar de modo doloso, sino asimismo que tenga un conocimiento pleno de la realización del tipo penal.

A la vista de ello, resulta oportuno plantear si el dolo directo de primer grado, el de segundo grado y el dolo eventual regulan diversos grados de certeza en la ejecución del delito, o si por el contrario el grado de certeza presente en la configuración del elemento intelectual resulta común a todos ellos.

En mi opinión, a pesar de que, *prima facie*, pudiera parecer que el grado de certeza ínsito a la expresión «a sabiendas» debiera excluir los supuestos de dolo eventual, un análisis más detenido de la cuestión arroja una conclusión claramente distinta.

Permítaseme utilizar un ejemplo al objeto de acreditar que el grado de certeza en la realización de los elementos objetivos del tipo no constituye un elemento decisivo en la delimitación entre dolo directo y dolo eventual.

Imaginemos los siguientes supuestos de hecho:

- a) Juan se encuentra en el monte cazando. De repente Juan observa que Jaime, que le ha acompañado a cazar y se encuentra a cien metros, y de quien recientemente ha descubierto que es amante de su esposa, se encuentra de espaldas a él, a escasos centímetros de un ciervo. Juan, decide disparar a Jaime con la intención de acabar con su vida, consciente, sin embargo, de que pudiera errar el tiro dada la dificultad de alcanzar el blanco desde aquella distancia. Juan tiene previsto excusarse ante la Justicia afirmando que en realidad pretendía alcanzar al ciervo.
- b) Juan se encuentra en el monte cazando. De repente Juan observa que Jaime, que le ha acompañado a cazar y se encuentra a cien metros, y de quien recientemente ha descubierto que es amante de su esposa, se encuentra de espaldas a él, a escasos centímetros de un ciervo. Juan, decide disparar al ciervo con la intención de acabar con su vida, consciente, sin embargo, de que existe una alta probabilidad de errar el tiro y alcanzar a Jaime, ocasionándole así la muerte. Dada la animadversión que siente por Jaime, a Juan le

resulta indiferente acabar con la vida de este, si bien su disparo no se ha realizado con el fin de lograrlo.

Resulta evidente que, para el caso de que finalmente Juan acabara con la vida de Jaime, la conducta descrita en el ejemplo a) sería considerada constitutiva de homicidio —ejecutado con dolo directo de primer grado—, mientras que la descrita en el ejemplo b) sería considerada constitutiva de un delito de homicidio —ejecutado con dolo eventual—. Y ello a pesar de que en ambos casos el grado de certeza sobre la realización de los elementos objetivos del delito, presente en el sujeto activo al momento de ejecutar la conducta típica, sería idéntico.

A lo anterior, cabrá oponer que el ejemplo manejado resulta «tortice-ro», pues si bien es cierto que el elemento en torno al que gravita la delimitación entre las distintas modalidades de dolo es el ánimo con el que obra el sujeto, no lo es menos que los casos en que el sujeto obre con absoluta certeza de la ejecución del delito, y por ello con conocimiento pleno de la realización de los elementos objetivos del delito, deberán quedar necesariamente excluidos de su imputación a título de dolo eventual.

En definitiva, el dolo eventual se construye en torno a la aceptación de una alta probabilidad de ejecución del tipo penal, aún y a pesar de que la conducta del sujeto se halle dirigida a la consecución de otras metas. Extremo que necesariamente conduce al reconocimiento de un cierto grado de duda en la realización de todos o alguno de los elementos objetivos del tipo.

Ahora bien, en mi opinión, ello en ningún caso debe conducir necesariamente a concluir que la locución «a sabiendas» presuponga la obligatoria exclusión del dolo eventual como título de imputación subjetiva.

Adviértase que, si bien es cierto que el dolo eventual presupone necesariamente un cierto grado de duda en la ejecución del delito, no lo es menos, que dicho grado de incerteza en la realización de los elementos objetivos del tipo se hallará asimismo habitualmente presente en los casos de dolo directo de primer grado. De ahí que la exclusión de la imputación de las acciones desarrolladas a título de dolo eventual debiera, por coherencia, implicar asimismo la exclusión de un amplio elenco de supuestos en que la realización del tipo resulte atribuida a título de dolo directo de primer grado. Supuestos en los que el sujeto activo del delito, a pesar de desear la realización de la conducta delictiva tenga alguna duda, por mínima que esta sea, acerca de si la misma realiza o realizará los elementos objetivos del tipo.

Exclusión esta, a mi juicio no justificada desde una perspectiva dogmática, e indeseable desde una perspectiva político criminal.

Así las cosas, debe en primer lugar recordarse que el distinto tratamiento jurídico ofrecido a los delitos cometidos a título doloso e imprudente

obedece a una distinta valoración de ambas modalidades de ofensa al bien jurídico protegido.

En el hecho doloso se considera que se halla presente en el sujeto una relación de oposición al bien jurídico protegido más intensa que en el hecho imprudente, razón por la que en los supuestos de ejecución dolosa del delito se advierte no solo un mayor grado de negación del bien jurídico protegido, sino, asimismo, un mayor riesgo de ofensa para aquel, y por todo ello un mayor desvalor del acto<sup>10</sup>.

Asimismo, debe subrayarse que, si bien el legislador ha ofrecido un tratamiento privilegiado al hecho imprudente frente al doloso, no ha tenido a bien introducir diferencias de ninguna clase en el tratamiento punitivo de las distintas modalidades de dolo, por entender que en todas ellas el desvalor inherente a la ejecución del acto resulta equivalente. En todas ellas se aprecia la creación de un riesgo elevado y deliberado de ofensa para los bienes jurídicos.

Todo ello, ha propiciado que en la actualidad se haya venido promoviendo por parte de un número cada vez mayor de penalistas la aceptación de concepto normativo de dolo<sup>11</sup>, exclusivamente construido en torno al elemento cognoscitivo.

Para este sector doctrinal el conocimiento exigido por los tipos dolosos no debe interpretarse como un conocimiento exacto de la realización del tipo, sino como una decisión de desarrollar un comportamiento a pesar de abarcar intelectualmente el conjunto de circunstancias fácticas

---

<sup>10</sup> Vid. Mir Puig, S. (2011). Derecho Penal. Parte General. Barcelona, Reppertor. Pp. 167 y ss.:

«El hecho doloso se encuentra en una relación de oposición al bien jurídico afectado más intensa que el hecho no doloso y simplemente imprudente. Por de pronto, la lesión dolosa manifiesta una actuación intrínsecamente opuesta al bien jurídico, que posee un significado social objetivo de negación de dicho bien, distinto al del hecho imprudente. Así, p. ej., quien mata a otro dolosamente niega la vida de la víctima, mientras que quien la atropella sin dolo, por imprudencia, no niega por completo el bien vida, si no que solo manifiesta un cuidado insuficiente frente al mismo. Por otra parte el dolo guarda relación con la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico».

Vid. Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). Derecho penal. Parte general. Valencia, Tirant lo Blanch. Pp. 282 y ss.:

«El delito doloso supone, pues, una agresión consciente contra el bien jurídico protegido, mientras que la imprudencia es solo una falta de cuidado en la que a veces el sujeto ni siquiera se plantea el posible daño al bien jurídico, por eso la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la realización imprudente del mismo delito».

<sup>11</sup> Vid. Ferrer, E. (2018). Consideraciones críticas sobre el concepto de dolo. Olejnik, Santiago de Chile; Feijoo Sánchez, (2018). Dolo eventual. Olejnik, Santiago de Chile; Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M. Ibid.; Piva Torres, G. E. y Fonseca Granadillo, I. C. (2020). El concepto dogmático del dolo y la culpa penal. Barcelona, Bosch.

existentes, así como el riesgo, captado *ex ante*, de ofensa para el bien jurídico protegido<sup>12</sup>.

No en vano, debe recordarse que el conocimiento concurrente para afirmar el actuar doloso, en ningún caso, puede conducir a exigir que el sujeto activo del delito desarrolle previa o simultáneamente a su ejecución una operación intelectual de subsunción de su conducta en el tipo penal.

Consideraciones a todas luces compatibles con la actual regulación del error de tipo regulado por el art. 14.1 del Código penal, en tanto el legislador no ha tenido a bien introducir matices en relación al grado de conocimiento exigible al sujeto activo del delito. Extremo que, en buena lógica, permite concluir, que los elementos objetivos del delito se conocen o no se conocen, sin que puedan existir grados cognoscitivos intermedios. Consideraciones que, a su vez, conducen a afirmar que quien obra con dolo eventual, obra con conocimiento.

Argumentos que, en definitiva, permiten concluir que la expresión «a sabiendas», en tanto que alusión al elemento intelectual del dolo, sí permite la imputación a título de dolo eventual del delito de prevaricación administrativa<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Vid. Feijoo Sánchez, B. J. *Ibid.*, p. 23:

«Si bien no se puede hablar de un “conocimiento” seguro con respecto a hechos futuros, sí se puede hablar de un cálculo basado en una serie de datos que se encuentran al alcance del autor. Para imputar un delito a título de dolo no hace falta tener un perfecto conocimiento de la situación, sino simplemente saber que la realización del hecho típico queda en manos del azar y que se ha hecho o se va a hacer lo suficiente o necesario para lesionar a otro».

Vid. Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M. *Ibid.*, pp. 239 y ss.:

«Bajo la expresión objeto del dolo se hace referencia al conocimiento típico, que a su vez tiene como objeto la dañosidad social del comportamiento y el deber de evitar la realización del mismo. [...] El dolo es conocimiento del desvalor social de la conducta que hace referencia al injusto material. En una teoría del delito en donde se pueda distinguir entre antijuridicidad material en sentido (= injusto material) y antijuridicidad material en sentido amplio (= antijuridicidad propiamente dicha), respondiendo la primera al desvalor social de la conducta y la segunda al desvalor social de la conducta más la ausencia de un contexto de justificación, se podrá permitir esa definición de dolo».

<sup>13</sup> Vid. De Toledo Ubieto, E. O. (1980). *La prevaricación del funcionario público*. Madrid, Civitas. Pp. 372 y ss.:

«En mi opinión debe responderse afirmativamente a la primera pregunta y negativamente a la segunda; es decir, admitir que el “a sabiendas” comprende el dolo eventual y rechazar que abarque la culpa con representación. Creo que cuando al funcionario le parece “probable”, conforme a su conocimiento, que la resolución sea injusta y esta efectivamente lo es, no puede decirse que ha obrado sin “saber” que la resolución es injusta, mientras que no creo que actúe “sabiendo” que la resolución es injusta el funcionario al que solo “improbablemente” le parece que ello sea así. Las consecuencias de rechazar el dolo eventual en el párrafo primero del artículo 358 serían las siguientes:

1.<sup>3</sup> Habría que admitir una de estas dos cosas: o que los funcionarios públicos pueden en todos los casos conocer absolutamente la objetiva justicia de las resoluciones o que en el momento en que una materia ofreciera resistencia, margen de duda, a un conocimiento objetivo, la prevaricación se haría imposible por atípica».

Vid. González Cussac, J. L. *Ibid.*, pp. 114 y ss.:

«La primera consideración se centra en razones históricas, pues el origen de “a sabiendas” tiene como única finalidad exigir dolo y excluir la culpa. Finalidad legislativa claramente perceptible desde que en 1870 se creara un segundo párrafo exclusivamente para la imprudencia. Pero la razón fundamental se encuentra en la conjugación por una parte del concepto de dolo y sus clases, y de otra del sentido gramatical y sistemático del término “a sabiendas”. Comencemos por este último. Esta expresión se refiere inequívocamente al grado de conocimiento exigido al autor de la figura legal. Y en principio no va más allá del mismo, es decir, no se extiende a la voluntad o al contenido de su querer. Ello se demuestra en que tradicionalmente, cuando el legislador desea incidir en el elemento intencional lo hace claramente, utilizando los términos “de propósito” o “intencionadamente” (v. gr., art. 270, 275, 277, 408, etc.).

Vid. Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M. *Ibid.*, pp. 358 y ss.:

«En mi opinión, es cierto que el significado gramatical del término “a sabiendas” ofrece una base importante para su interpretación como una exigencia de conocimiento pleno y seguro de los elementos del tipo, pero no justifica su equiparación con el dolo directo, ni tampoco tiene por qué suponer una exclusión automática del dolo eventual. Como ha señalado Vives Antón, entre otros autores, la expresión “a sabiendas” contiene una clara referencia al conocimiento del autor y por ello se puede identificar con una exigencia de conocimiento seguro; sin embargo, constituye un salto lógico injustificado, deducir de la citada expresión, que no contiene alusión alguna a la intención o voluntad del autor, una exigencia de dolo directo de primer grado. [...] si la expresión “a sabiendas” se interpreta en su sentido estrictamente gramatical (conocimiento cierto y seguro), entonces es posible entender que tiene la función de restringir la aplicación del correspondiente delito solo a ciertas formas de conducta dolosa: aquellas en las que el autor actúa con pleno conocimiento de la realización del tipo. Ahora bien, si la citada expresión se interpreta así, entonces también habría que concluir que el criterio de selección de las conductas punibles, que está empleando el legislador en estos casos, es distinto al criterio que sirve a la doctrina para construir la tradicional clasificación tripartita del dolo. Por todo ello, creo que no tiene demasiado sentido intentar encajar las conductas que caen bajo la denominación “a sabiendas” en alguna de las tradicionales categorías del dolo con las cuales, en principio no tienen por qué coincidir. En efecto, el requisito de conocimiento pleno o seguro de la realización del tipo que parece exigir la locución “a sabiendas” no puede identificarse de forma automática con el dolo directo de primer grado, que comúnmente se define como la intención o el propósito del autor que persigue como fin la realización del delito y que subsiste aun cuando la producción del resultado no se presenta como seguro, sino solo como posible. [...] Por último, respecto al dolo eventual el problema se plantea porque el contenido de esta categoría varía según las distintas opciones interpretativas. Así, la expresión “a sabiendas” excluiría, a mi juicio, el dolo eventual si es que este se define desde aquellas concepciones que exigen algún tipo de relación emocional o volitiva con el resultado, además de la representación de este [...] Sin embargo, si el dolo eventual se concibe desde posiciones cognitivas próximas a las teorías de la probabilidad, en las que se prescinde de toda referencia volitiva y se exige previsión del resultado como altamente probable, entonces desaparece, a mi juicio, la incompatibilidad entre el dolo eventual y el significado gramatical de la expresión “a sabiendas”».

Desde una óptica político-criminal, debe además advertirse que la identificación de la locución «a sabiendas» con un conocimiento pleno de los elementos objetivos del tipo por el autor del delito resulta a todas luces desafortunada, pues, como ya tuvimos ocasión de analizar, conduce a la atipicidad de una importante constelación de conductas desarrolladas con dolo directo de primer grado, en que el sujeto activo desea cometer el delito pero aún alberga alguna duda acerca de si, en efecto, su conducta reúne los elementos objetivos del art. 404 CP.

Por lo demás, la restricción en la interpretación de la conducta típica no resulta en estos casos justificada, pues ante todo implica descriminalizar comportamientos idóneos para ofender al bien jurídico protegido que presentan una significación equivalente a la de buena parte de los casos en que el sujeto sí tiene perfecto conocimiento de la situación.

### 3. PROPUESTA PERSONAL

Creo que existen buenas razones, hasta la fecha no suficientemente exploradas, para admitir que la ejecución del delito de prevaricación administrativa pueda tener lugar con dolo eventual.

Prestemos de nuevo atención al tenor literal del precepto.

El delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal sanciona a las «autoridades y funcionarios públicos que, a sabiendas de su injusticia, dictaren resolución arbitraria en asunto administrativo».

Hasta la fecha, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido dando por sentado que el conocimiento de la injusticia que exige el art. 404 CP tiene por objeto el contenido de la resolución. Es decir, que la expresión «a sabiendas de su injusticia» alude al conocimiento que debe concurrir en el sujeto activo del delito sobre el carácter arbitrario de la resolución dictada.

De ahí que el objeto de la controversia acerca de la configuración del elemento subjetivo del delito se haya centrado, principalmente, en la determinación de si el desconocimiento de la injusticia merece el tratamiento propio del error de tipo (art. 14.1 CP), o bien el propio del error de prohibición (art. 14.3 CP). Todo ello, obviamente abstracción hecha de las anteriores consideraciones acerca de la posibilidad de que la expresión «a sabiendas» opere como mera referencia genérica al dolo.

En mi opinión, existen, sin embargo, sólidos argumentos para afirmar que la premisa antes apuntada, acerca del objeto sobre el que debe versar el conocimiento de la injusticia a que alude el tenor literal del tipo resulta errónea, o cuando menos bastante controvertida.

Y es que, un detenido análisis del precepto arroja como interpretación alternativa, y a todas luces plausible, que la consabida expresión «a sabiendas de su injusticia» tendría en realidad por objeto la conducta de la autoridad o funcionario público que se erige en sujeto activo del delito.

Es decir, que lejos de ir referida aquella expresión a la arbitrariedad de la resolución, y por lo tanto a su contenido, la expresión a sabiendas de su injusticia aludiría en realidad a la conducta desarrollada por el sujeto activo del delito, al margen del contenido de la resolución finalmente dictada.

Adviértase que, si el legislador quisiera en realidad que la locución «a sabiendas de su injusticia» tuviera por objeto el contenido de la resolución, o en su caso el de la arbitrariedad cometida, hubiera resultado más razonable ofrecer al tipo penal una redacción distinta —v. gr., «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución arbitraria e injusta»—.

Parece así lógico sostener que la interpretación literal de la actual redacción del art. 404 permite afirmar que en realidad el legislador pretende sancionar a la autoridad o funcionario público que actúe a sabiendas de su injusto obrar.

Conclusión esta, además, avalada por la rúbrica ofrecida por el legislador al capítulo I, del título XIX, del libro II del Código Penal, «De la prevaricación de los funcionarios y otros comportamientos injustos», en que la prevaricación se conceptualiza de modo expreso como modalidad de comportamiento injusto.

De ahí que, en mi opinión, pueda concluirse que la actual redacción del delito de prevaricación aconseja la interpretación alternativa que en estas páginas se ofrece.

Debe subrayarse que el art. 404 CP, tras describir el círculo de posibles sujetos activos del delito, señala que estos deberán actuar a sabiendas de su injusticia. Empleando así el legislador el pronombre posesivo «su» como elemento claramente referido a la conducta de aquellos sujetos activos.

Parece así lógico concluir que la referencia al conocimiento de «su» injusticia vaya referida a los sujetos previamente referenciados en la redacción del tipo y no así, por el contrario, al término «resolución», por tratarse de un elemento que al momento de emplearse el pronombre «su» aún no ha sido enunciado.

En mi opinión, el principal motivo por el que hasta la fecha no se ha suscitado controversia alguna acerca de cuál sea el objeto de conocimiento de la injusticia obedece a una mera reminiscencia histórica.

La redacción ofrecida por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal al art. 404 CP, introdujo sustanciales modificaciones res-

pecto al delito de prevaricación hasta entonces tipificado en el art. 358 del Código Penal de 1973.

Así las cosas, según el derogado art. 358 CP 1973: «El funcionario público que a sabiendas dictare resolución injusta en asunto administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación especial.

Con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo».

Resulta palmario, que la redacción ofrecida por el derogado art. 358 CP no ofrecía dudas de ningún tipo acerca del objeto al que aludía el término «a sabiendas». Pues el tipo penal, de un modo claro señalaba que el sujeto activo del delito debía dictar la resolución delictiva a sabiendas de su carácter injusto.

Creo que, dicha interpretación del art. 358 CP, en tanto que, a todas luces pacífica, fue asumida de un modo acrítico por la doctrina y la jurisprudencia en la interpretación del art. 404 CP. Se dio así por sentado que se trataba de la única interpretación posible, sin analizar propuestas hermenéuticas alternativas.

Pero lo cierto, es que, cuando menos en mi opinión, la actual redacción del art. 404 CP no resulta ni de lejos tan clara.

Los principales argumentos que en mi criterio aconsejan la interpretación alternativa aquí propuesta son los siguientes:

(i) La interpretación literal del precepto se acomoda mejor a la propuesta aquí pergeñada.

Así las cosas, la actual redacción del precepto parece casar el conocimiento de la injusticia con el obrar de la autoridad o funcionario público. Circunstancia que permite concluir que el tipo penal se refiere en realidad a la autoridad o funcionario público que a sabiendas obrare de un modo injusto.

Adviértase que, para el caso de que el pronombre «su» tuviera por objeto el contenido de la resolución ilícita, lógico hubiera sido que el legislador hubiera ofrecido al tipo penal una redacción alternativa próxima a la siguiente: *la autoridad o funcionario público, que a sabiendas dictare resolución injusta y arbitraria en asunto administrativo*. O en su caso, una redacción próxima a la ofrecida por el párrafo primero del art. 358 del derogado Código Penal de 1973.

El análisis de la locución «a sabiendas de su injusticia» que aquí se propone permite ofrecer una interpretación más plausible desde una perspectiva sistemática a la relación entre los términos «injusto» y «arbitrario».

Hasta la fecha tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria ha venido afirmando, de un modo a todas luces recurrente, que los términos

«injusto» y «arbitrario», deben ser interpretados, en la exégesis del art. 404 CP, como equivalentes<sup>14</sup>.

No obstante ser consciente de ello, la crítica sobre dicho particular desarrollada por González Cussac me parece particularmente convincente.

Según González Cussac resulta a todas luces falaz afirmar que los términos «injusticia» y «arbitrariedad» resulten sinónimos. De ahí que, en su opinión, resulte más acertado concluir que mientras que la «injusticia de la resolución» aludiría a su contradicción con el ordenamiento jurídico<sup>15</sup>, la referencia a la «arbitrariedad de la resolución» aludiría a la exigencia de un plus respecto de la contradicción con el ordenamiento jurídico. Plus este que implica que la resolución, para ser delictiva, deba ser objetiva y abiertamente contraria a derecho, de suerte que el sujeto activo del delito haya sustituido de un modo flagrante y palmario, al momento de su dictado, el ordenamiento jurídico por su voluntad o capricho personal<sup>16</sup>.

En mi opinión la consideración de los términos «injusticia» y «arbitrariedad» como sinónimos resulta, además de tautológica y asistemática en la actual redacción del tipo, a todas luces contraria a las más elementales reglas semánticas. Pues resulta palmario, se mire como se quiera, que «in-

---

<sup>14</sup> Vid. Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.<sup>a</sup> J. *Ibid.*, p. 1651: «En el marco de esta consolidada jurisprudencia, la inclusión del elemento “arbitraria”, para calificar la resolución prevaricadora, pudiera resultar perturbadora. Sin embargo, no parecen existir diferencias sustanciales entre el concepto de “injusticia” —tal como ha sido interpretado por el Tribunal Supremo— y el de arbitraria».

Vid. Hava García, E. *Los delitos...* *Ob. cit.*, p. 64: «El delito de prevaricación administrativa requiere, además de que la resolución dictada sea manifiestamente ilegal (“arbitraria”), que la autoridad o funcionario público que la emite actúe “a sabiendas de su injusticia”, expresión que la Jurisprudencia ha identificado con la constatación de una radical “arbitrariedad”».

<sup>15</sup> En similares términos, vid. Cantero Cerquella, C. J. *Ibid.*, p. 245: «Por mi parte considero que el elemento típico y esencial de la injusticia reflejado en los arts. 320, 322 y 329.2 CP es plenamente equiparable a la “manifiesta ilegalidad”».

<sup>16</sup> Vid. González Cussac, J. L. *El delito de prevaricación...* *Ob. cit.*, p. 68: «En consecuencia resultaría falaz concluir que injusticia y arbitrariedad son términos sinónimos o equivalentes, y en consecuencia la nueva regulación del artículo 404 devendría redundante, confusa e innecesaria. De modo que, a partir de ahora, para apreciar el tipo de prevaricación, se precisa cotejar dos parámetros: el primero se centra en la idea de injusticia, entendida como contrariedad objetiva con el Derecho; y el segundo parámetro hace referencia a la noción de arbitrariedad, que además de la contrariedad objetiva con el Derecho, requiere que la resolución carezca de todo fundamento racional».

En idéntico sentido vid. *Derecho Penal Parte Especial*. Vives Antón. Pp. 659 y ss.: «La resolución dictada ha de ser arbitraria y ha de ser dictada a sabiendas de su injusticia. Estos términos, arbitrariedad e injusticia, están íntimamente entrelazados y aun teniendo significados diferentes han de ser interpretados con constantes remisiones de uno a otro [...]».

justicia» y «arbitrariedad», aún y cuando pudieran encontrarse interrelacionados, no son conceptos sinónimos.

Así se infiere asimismo, con toda claridad, del análisis de los debates parlamentarios para la aprobación del Código Penal de 1995, en donde diversos de los Diputados afirmaron de un modo expreso que injusticia y arbitrariedad, aún y cuando complementarios, debían ser conceptualizados como términos distintos<sup>17</sup>.

A mayor abundamiento, parece lógico pensar que si «arbitrariedad» e «injusticia» son términos equivalentes, el legislador debiera haber redactado el tipo penal en otros términos, tales como «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución arbitraria —e injusta— en asunto administrativo».

Llegados a este punto, debe señalarse que para el caso de convenir que los términos «injusticia» y «arbitrariedad» no resultan sinónimos, la única interpretación mínimamente razonable del tipo penal pasaría por considerar que la expresión «a sabiendas de su injusticia» tiene por objeto el comportamiento del sujeto activo del delito, y no así, por lo tanto, el contenido de la resolución. Pues no parece plausible afirmar que la autoridad o funcionario público deben conocer sin ninguna duda el carácter contrario a derecho de la resolución, pero no así su naturaleza arbitraria.

Nótese, que para el caso de interpretarse que la «injusticia» a que alude el art. 404 CP no resulta sino un término que adjetiva el sustantivo «resolución», debe convenirse que el conocimiento cierto exigido por el tipo penal a través de la locución «a sabiendas» se limita a la injusticia de la resolución, pero no así a su arbitrariedad. Pues la redacción del tipo penal es clara sobre dicho particular, exigiendo que el sujeto activo del delito obre a sabiendas de su injusticia, pero no así que obre a sabiendas de la arbitrariedad de la resolución. Extremo este a todas luces inverosímil, pues resulta obvio que la arbitrariedad de la resolución se erige en la esencia de lo injusto penal del delito de prevaricación, apareciendo como elemento basilar en la delimitación entre el ilícito penal y el administrativo.

---

<sup>17</sup> Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 7-06-1995. N.º 516, pp. 15756 y ss.:

«Padilla Carballada: [...] Quiere decirse que arbitraria es un término que se emplea para no volver a repetir injusta? Si es a sabiendas de su injusticia, y además, tiene que ser arbitraria ¿no basta con que sea injusta? ¿Tiene que ser también arbitraria? Lean ustedes el concepto de “arbitrario” en nuestro Diccionario de la Real Academia de la Lengua y verán que arbitrario no es ningún sinónimo de injusto. Algo puede ser arbitrario y no ser injusto».

De ahí que en mi opinión resulte a todas luces más razonable interpretar que la locución «a sabiendas de su injusticia» alude al comportamiento de la autoridad o funcionario público, y no así al contenido de la resolución.

(ii) También para el caso de interpretarse que «arbitrariedad» e «injusticia» son términos sinónimos, resulta en mi opinión más razonable considerar que el objeto del conocimiento de la injusticia debe ir referido al comportamiento del sujeto activo del delito.

En primer lugar, toda vez que carece de todo sentido adjetivar mediante el uso de dos términos sinónimos el sustantivo resolución. Y en segundo lugar, a la vista de que, en mi opinión, dicha opción permite mayores rendimientos dogmáticos y político-criminales.

(iii) La interpretación aquí pergeñada resulta asimismo a todas luces compatible con la rúbrica ofrecida por el legislador al capítulo I, del Título XIX, del Libro II del Código Penal, «De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos». Pues la propia rúbrica ya señala de un modo expreso que la prevaricación se configura como modalidad de comportamiento injusto de las autoridades y funcionarios públicos<sup>18</sup>.

Las consecuencias que se derivan de interpretar que el conocimiento de la injusticia, a que alude la locución «a sabiendas de su injusticia», tiene por objeto el comportamiento de la autoridad o funcionario público, resultan en mi opinión sumamente relevantes.

Así, creo que existen buenas razones para considerar que la tantas veces referida locución, interpretada en los términos aquí pergeñados, se configura, en realidad, como una referencia al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta desarrollada por el sujeto activo del delito. Apareciendo, así como elemento de la culpabilidad.

En definitiva, ello implicaría que, a pesar de seguir configurándose el delito de prevaricación administrativa como delito de naturaleza dolosa, el dolo del sujeto activo del delito debiera limitarse al conocimiento de la ar-

---

<sup>18</sup> Vid. De Toledo y Ubieto, E. O. (1996). El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal. La Ley. N.º 5, P. 1515:

«Mejor sería, en cualquier caso, que si lo que se quería expresar con ella es algo similar a los sostenido por los dos autores antes citados, su tenor literal fuera, en lugar del actual pero conservando todos sus términos, más ordenado: por ejemplo, “De la prevaricación y otros comportamientos injustos de los funcionarios públicos”. Porque de su dicción real se extrae a quien se refiere cuando habla de prevaricación; pero no a quien alude cuando menciona los “otros comportamientos injustos”. Mediante estas palabras lo que averiguamos es que la prevaricación de los funcionarios es, para el Código, un comportamiento injusto y que la incluye en este Capítulo, junto a otras conductas también injustas».

bitriedad de la resolución dictada en asunto administrativo. Conocimiento este que en ningún caso precisaría de un grado de certeza que permitiera excluir el dolo eventual.

Por otro lado, el conocimiento cierto de la injusticia de la conducta desarrollada, en tanto que, referido a la conciencia de antijuridicidad, pudiera conducir a la exclusión de los supuestos de error de prohibición vencible. Operando así igualmente como importante restricción punitiva.

Ello permite solventar algunos de los más importantes problemas que hasta la fecha se han venido advirtiendo en la aplicación del delito de prevaricación administrativa:

a) Impide alcanzar resultados asistemáticos e incoherentes en la aplicación del delito de prevaricación administrativa: «posibilitando concluir, en algún caso, que no es injusto dictar una resolución injusta —lo que constituye un uso del lenguaje que lleva a una interpretación contraria al sentido de la ley—». Conclusión esta particularmente sangrante en aquellos supuestos en que el sujeto activo del delito obra con alta conciencia de la probabilidad de cometer un ilícito. Pues, efectivamente, parece contrario a las más elementales reglas jurídicas, considerar que quien obra con desprecio por el ordenamiento jurídico, por actuar a sabiendas de la alta probabilidad de que la resolución dictada contravenga el ordenamiento jurídico, no ejecute una actuación disvaliosa y, por ello, merecedora del reproche penal.

Asimismo, y por idénticos motivos, se ofrece así una más razonable respuesta penal a los supuestos de «ignorancia deliberada», en que la autoridad o funcionario público haya buscado de propósito colocarse en situación de dolo eventual al objeto de dictar la resolución prevaricante.

b) Permite una delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo más razonable, quedando este último reservado para los supuestos de negligencia, incluidos los supuestos de culpa consciente. Todo ello, abstracción hecha del carácter arbitrario del que deberá gozar la resolución que constituya objeto del delito.

c) La tesis aquí propuesta ofrece criterios para resolver el complejo problema del error sobre leyes penales en blanco en materia de prevaricación. No en vano, no debe olvidarse que según opinión mayoritaria el error sobre la norma de remisión no debe ser considerado un error de tipo excluyente del dolo, sino un error de prohibición<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Vid. Roxin, C. (2008). Derecho penal. Parte general. Tomo I. Madrid, Thomson Civitas. P. 466:

«En tales casos —normas penales en blanco— un error sobre la existencia de la norma integradora o la suposición de una causa de justificación inexistente es un error de prohibición, mientras que el error sobre circunstancias del hecho de la norma integradora

De conectar la locución «a sabiendas» con el comportamiento en lugar de con el contenido de la resolución buena parte de dichas dificultades desaparecerían.

Ciertamente, existen en el delito analizado singularidades en la configuración del «grado de conocimiento» exigido al sujeto activo del delito que dificultan enormemente la delimitación entre el error de tipo y el de prohibición<sup>20</sup>.

Claro ejemplo de las dificultades presentes en la delimitación entre el error de tipo y el de prohibición resultan las ya mencionadas oscilaciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre dicho particular.

En definitiva, argumentos todos ellos, que lejos de pretender tener por zanjada la controversia acerca del elemento subjetivo en el delito de prevaricación administrativa, no pretenden sino constituirse en una nueva propuesta que ayude a avivar un debate a todas luces necesario. Pudiendo, quizás, algo de luz acerca de la posibilidad de explorar interpretaciones alternativas del tipo hasta la fecha no suficientemente exploradas.

---

excluye el dolo. Por tanto, si según el art. 36 BJadG se castiga a quien “contravenga los preceptos sobre el tiempo de veda”, se encuentra en error de prohibición quien caza durante todo el año, porque desconoce la prohibición de cazar durante todo el año porque desconoce la prohibición de cazar durante el tiempo de veda; quien por el contrario se equivoca sobre la fecha o los límites temporales de la época de veda se encuentra en error de tipo».

Vid. Díaz y García Conlledo, M. (2008). El error sobre elementos normativos del tipo penal. Madrid, La Ley. Pp. 428 y ss.:

«A continuación se expondrán de manera sintética [...] las tres principales posiciones doctrinales en relación con el objeto del dolo en las leyes penales en blanco [...]. Las posturas son básicamente tres: a) Según una primera postura, mayoritaria, el dolo debe abarcar la concurrencia de los elementos típicos, que se encontrarán definidos (al menos en parte) por la norma que remite a la ley penal, pero no es necesario que abarque la existencia de esta norma. Un error sobre la existencia de la norma de remisión no será un error de tipo excluyente del dolo, sino un error de prohibición».

<sup>20</sup> Vid. Díaz y García Conlledo, M. *Ibid.*, p. 430:

«Mi opinión respecto de la cuestión planteada es que el que el dolo tenga que abarcar o no la existencia misma de la norma de remisión (o dicho de otro modo, el que el sujeto tenga que saber, para actuar con dolo, que infringe la norma de remisión) es algo que depende del sentido del tipo de que se trate. [...] En los casos en que se concluya que el tipo engloba la existencia de la norma de remisión, sucederá que quedará poco hueco para el error de prohibición, pues una vez conocida por el sujeto la contrariedad de su conducta la norma de remisión (en caso de no darse, habría error de tipo), conocerá necesariamente el carácter prohibido de la misma. Es difícil decidir aquí si ello supone una confusión o unificación para estos supuestos de las clases de error, lo que significaría conceder un margen de corrección a la teoría del dolo en estos supuestos, o si sucede algo similar a lo señalado en relación con el conocimiento de la existencia de una deuda tributaria (práctica inseparabilidad del conocimiento del presupuesto de la prohibición del conocimiento de la prohibición misma)».

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso Pérez, F. (2002). *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal: legislación, comentarios, jurisprudencia*. Madrid, Dykinson.
- Boldova Pasamar, M. Á. (1999). *Los delitos urbanísticos*. Barcelona, Atelier.
- Cantero Cerquella, C. J. (2010). *La responsabilidad de los funcionarios por delitos ambientales*. Madrid, Reus.
- Casas Hervilla, J. (2020). *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*. Madrid, Reus.
- . (2018). La participación del extraneus en el delito de prevaricación administrativa: principales problemas y propuestas para su solución. *Estudios penales y criminológicos*. N.º 38.
- Catalán Sender, J. (1999). *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*. Barcelona, Bayer.
- Díaz y García Conlledo, M. (2008). *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid, La Ley.
- Faraldo Cabana, P. y Puente Aba, L. M.<sup>a</sup> (coords.). (2011). *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y legislación especial*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Feijoo Sánchez, B. J. (2018). *Dolo eventual*. Santiago de Chile, Olejnik.
- Ferrer, E. (2018). *Consideraciones críticas sobre el concepto de dolo*. Santiago de Chile, Olejnik.
- González Cussac, J. L. (1997). *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Górriz Royo, E. (2004). *Los delitos de prevaricación urbanística*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Hava García, E. (2019). *Los delitos de prevaricación*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- . (2013). Prevaricación de los funcionarios públicos. En: Álvarez García, F. J. (dir.). *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial (Tomo III). Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor.
- Morillas Cueva, L. (2021). La compleja interpretación del término «sabiendas» en la prevaricación administrativa. En: *Libro Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*.

- Vicente Martínez, R. de. y otros (eds.). Madrid, Boletín Oficial del Estado..
- Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M.<sup>a</sup> J. (2016). De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. En: Quintero Olivares, G. (dir.). *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Piva Torres, G. E. y Fonseca Granadillo, I. C. (2020). *El concepto dogmático del dolo y la culpa penal*. Barcelona, Bosch.
- Roxin, C. (2008). *Derecho penal. Parte General. Tomo I*. Madrid, Thomson Civitas.
- Sanz-Díez de Ulzurrun, M. (2007). *Dolo e imprudencia en el Código Penal español*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Toledo Ubieto, E. O. de. (1980). *La prevaricación del funcionario público*. Civitas, Madrid.
- . (1996). El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal. *La Ley*. N.º 5.