

Los delitos de expropiación ilegal (artículo 541 CP) y de prevaricación de los funcionarios públicos (artículo 404 CP), y otros comportamientos injustos en los supuestos de ocupación de terrenos por las administraciones públicas

Por Marta SOBRINO GÓMEZ

Abogada

FICHA TÉCNICA

Resumen: *Se analizan en este trabajo los supuestos en los que las Administraciones Públicas, para la obtención de los terrenos o bienes necesarios para llevar a cabo fines de su competencia, realizan actuaciones que desbordan, de manera clamorosa, la legalidad, incluso, constitucional, al no constar la autorización de los propietarios de los terrenos. Se trata de comportamientos que se realizan sin que se incoe el correspondiente expediente administrativo, con el ánimo de aprovechar una posición privilegiada o de dominio, e incurriendo en actos que reúnen claramente todos los caracteres tipos de los delitos de expropiación ilegal y de prevaricación administrativa. Pero existen supuestos en los que los Tribunales, bajo el amparo de que se trata de una irregularidad administrativa, se pronuncian en el sentido de no estimar el ilícito penal.*

Palabras clave: Ilícito penal; expropiación ilegal; prevaricación administrativa; Administración pública; Administración Local; contratación pública; expropiación forzosa; autoridad pública; jurisdicción penal.

I. Introducción

El presente artículo pretende analizar aquellos supuestos, que con alguna frecuencia se producen, de realización de obras u otras actuaciones de las Administraciones Públicas sin que se incoe el correspondiente expediente administrativo, desbordando de manera clamorosa la legalidad, incluso, constitucional, al no constar la autorización del propietario de los terrenos.

Se trata de supuestos en los que nos encontramos ante una ocupación ilegal, mediando prevaricación por parte de una autoridad pública, lo cual supone un ataque y agresión del poder político, con abuso de poder y sin justificación alguna, frente a la que se debe buscar protección en el ámbito jurisdiccional.

Esta búsqueda de la protección jurisdiccional choca, en numerosas ocasiones, con determinados razonamientos de los Juzgados de Instrucción por los que archivan las denuncias presentadas por los particulares, con escasa fundamentación e incluso sin que se practiquen las pruebas solicitadas, sin previa denegación de las mismas.

Estas prácticas hacen dudosa la aplicabilidad de lo tipificado en el Código Penal para estas actuaciones. Resulta difícil poder imputar a las autoridades que cometen actos que reúnen claramente los caracteres tipos de los delitos mencionados. Son numerosos los supuestos en los que los Juzgados de Instrucción, bajo el amparo de que se trata de una irregularidad administrativa, se pronuncian en el sentido de no estimar el ilícito penal.

Nos referimos a supuestos en que los documentos probatorios que se aportan son demoleedores y no dejan lugar a duda de que ha existido una ocupación de unos terrenos sin que se haya seguido el procedimiento legal correspondiente. E incluso aunque no fuera así estaríamos ante Autos que se apartan claramente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de mayo de 2003, en un supuesto de este tipo, incluso aunque la parte querellada plantea la falta de prueba de la concreta invasión del terreno invadido, señala: *«En definitiva, no hay en la fundamentación jurídica de la sentencia elemento probatorio alguno que justifique la concreta superficie ocupada [...] Aquella falta de prueba determina la estimación parcial del motivo, en la concreta ocupación llevada a cabo, lo que desde luego no es elemento determinante para la concurrencia de los elementos del delito de prevaricación, pues este no exige más resultado que la existencia de una resolución notoriamente injusta y arbitraria, dictada dolosamente»*.

Se dan casos en que los sobreseimientos provisionales se acuerdan, aunque inicialmente se desprenda de manera incuestionable la concurrencia de los requisitos del artículo 641 de la LECrim, cuando de lo actuado se observa que subsisten todos y cada uno de los indicios racionales basados en los elementos facticos que permiten sostener razonablemente la existencia de unos hechos de apariencia delictiva y la participación voluntaria en los mismos de una autoridad pública.

Son supuestos en que no sólo se trata de simples indicios o sospechas, sino que incluso se imputa la comisión de los referidos delitos con hechos incuestionables, entre otros, de la no existencia ni constancia, en el expediente administrativo, del certificado de disponibilidad de los terrenos donde se realizan las obras que, aunque se trata de un documento administrativo, es imprescindible su constancia, según establece el art. 110 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y que, incluso, a la fecha de la interposición de la denuncia, no es aportado a los autos. Es decir, si no hay constancia de la disponibilidad de los terrenos en donde se va a ejecutar la obra, hay que sospechar que la misma se está realizando en terrenos de propiedad privada, pues en caso contrario existiría en el expediente administrativo el documento acreditativo de la titularidad pública de los terrenos ocupados, o se habría aportado en el ínterin que media entre la presentación y esa fecha. Con antecedentes de este tipo, en ocasiones, se acuerda sobreseer la causa por no ser los hechos constitutivos de infracción penal. El razonamiento se limita a censurar la actuación por no haber cumplido rigurosamente el expediente administrativo, incluso aunque en la práctica la ocupación haya precedido formalmente a éste, afirmando que la finalidad perseguida determina que cualquier irregularidad en el proceder de la Administración debe quedar circunscrita al ámbito contencioso-administrativo; sin que, por otra parte, aunque se cumpla el tipo penal, quepa plantear cualquier otra figura delictiva, como pueda ser la prevaricación.

II. Algunos supuestos analizados

1. Precedentes en que no fueron apreciados los delitos

a) El Juzgado de Instrucción n.º 6 de Telde, mediante Auto de 17 de agosto de 2006, acuerda el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones, por no ser los hechos denunciados constitutivos de infracción penal, aunque es verdad que en este supuesto medió la declaración de zona verde del terreno afectado.

En este caso, la Audiencia Provincial de Las Palmas, mediante Auto núm. 600/2008, de 26 de septiembre, señaló: *«no cabe desconocer que los autos de archivo in limine, dictados sin una propia instrucción penal al amparo del art. 269 de la LECRIM, no son autos de sobreseimiento libre, sin que por tanto produzca efectos de cosa juzgada material equiparándose por el contrario al sobreseimiento provisional, de modo que si con posterioridad se constase la ausencia de esa pretendida finalidad de utilidad pública o social que pone de manifiesto el propio apelante, pudiera articularse una eventual reapertura»*.

b) La Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en causa número 83/1998, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Coslada y del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Alcalá de Henares, seguida por el delito de prevaricación, absuelve a los acusados porque existían negociaciones con los propietarios y se confiaba en que iba a llegarse a un acuerdo con el propietario, y en todo caso efectuada en beneficio de la comunidad. Fue confirmada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en Sentencia núm. 2542/2001, de 28 diciembre.

c) La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª), en Sentencia núm. 155/2008, de 4 julio, en grado de apelación de los autos de juicio oral n.º 419/06, seguidos ante el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Córdoba, dimanante del Procedimiento Abreviado n.º 49/05, del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Lucena, absuelve a los acusados de los delitos de expropiación ilegal y prevaricación, por entender la buena fe de los acusados, en atención a que las conversaciones previas entre el Ayuntamiento y la denunciante habilitaron a la entidad municipal para ocupar los terrenos con el consentimiento de sus propietarios.

d) La Audiencia Provincial de Ávila, en Sentencia núm. 78/1998, de 26 septiembre, absuelve a los acusados de los delitos de expropiación ilegal y prevaricación, señalando: *«En el supuesto objeto de estudio se observa en la conducta del acusado un apartamiento de legalidad administrativa, que sin embargo no entra en las hipótesis típicas de expropiación ilegal y prevaricación; la primera de las cuales exige, amén del carácter de funcionario público en el sujeto activo y un objeto material apto, que se prescinda de los casos permitidos y se cometa irregularidades en la tramitación que no sean susceptibles de ser corregidas por vía administrativa, y que se ocasione el despojo o expropiación de los bienes, ya que se trata de un delito de resultado y no de mera actividad; se produce por tanto una suma de exigencias legales para el tipo subjetivo y objetivo (sujetos activos sólo pueden ser los funcionarios, y como la declaración de utilidad pública o interés social, no reservada necesariamente a la ley formal en el sistema general expropiatorio, en palabras de la Sentencia 111/1983, de 2 diciembre del Tribunal Constitucional, puede hacerse por decreto, por orden ministerial o por acuerdo de los organismos municipales, etc., competentes, sólo podrán ser autores los funcionarios con poder para decidir la expropiación), y ésta para ser típica ha de ser fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos formales, de modo que la ausencia de cualquiera de estos requisitos provoca la atipicidad, pues son acumulativos, como indica la conjunción copulativa, "y" que exhibe la redacción del precepto. (../..) Por otra parte el delito de prevaricación, también imputado, exige varios presupuestos, a saber, además de la condición de funcionario público en quien despliega la conducta, requisito que se da en el acusado, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 119 del entonces vigente Código Penal lo es todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas, es necesario que se haya dictado resolución —lo es "prima facie" todo acto administrativo que comporta una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecta a la órbita de los derechos de los administrados—, que dicha resolución se dicte en asunto administrativo, o sea, con motivo u ocasión de las funciones que le estén encomendadas, siendo lo*

consustancial al concepto de "asunto administrativo" que de él se ocupe un ente público, a cuyo servicio se halle el funcionario interviniente con sujeción a normas de Derecho Administrativo, y tenga trascendencia pública por el objeto y los intereses afectados; y por fin, que la resolución sea injusta...»

e) La Audiencia Provincial de Ávila absolvió a los procesados de los delitos de expropiación ilegal, desobediencia y prevaricación de que eran acusados. Fue confirmada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en Sentencia de 14 febrero 1990, por considerar que los procesados, en su calidad de Alcalde y Concejales que votaron dichos acuerdos, se fueron ajustando a las vicisitudes legales que para ellos, profanos en Derecho, fueron sobreviniendo, y a tales pautas emanadas de organismos oficiales se atuvieron, y no obraron de mala fe.

f) La Sentencia de fecha 16 de marzo de 2007, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Sevilla, en juicio de delito de prevaricación, analizó la actuación del Teniente Alcalde Delegado de Urbanismo y del Delegado del Interior del Ayuntamiento de Écija, que llevaron a cabo la ejecución de un proyecto de urbanización en una travesía donde se encuentra un bar que tiene vinculado por el linde norte 75 metros cuadrados de terraza. Como quiera que el Sr. X tenía conocimiento de que en ejecución del citado proyecto se procedería a dismantelar la terraza y la marquesina del local, dirigió escrito al Ayuntamiento a fin de que se abstuviese de seguir perturbando sus derechos, sin que obtuviera respuesta alguna. En la sentencia dictada por la Juez de lo Penal parece darse por supuesto, en el fundamento jurídico 2º, que los hechos que declara probados constituyen tanto un delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal, al haberse dictado una resolución arbitraria, como un delito de expropiación ilegal, delito especial del art. 541 del Código Penal, al haberse llevado a cabo una expropiación prescindiendo completamente de todo procedimiento expropiatorio. La absolución de los dos acusados no se basa, por tanto, en que los hechos no eran constitutivos de delito, sino en la duda final, que se razona en el fundamento jurídico 3º (aunque se denomine de nuevo segundo), sobre quién fue *«el funcionario concreto que dio la orden de dismantelar la marquesina y terraza del local del denunciante»* y que se ejecutó el 17 de julio de 2002.

La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª), en Sentencia núm. 75/2008, de 11 febrero, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, señaló que tal ponderación corresponde de modo primario al tribunal de instancia.

g) La Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª), en Sentencia núm. 16/1998, de 16 marzo, estimando parcialmente el recurso de apelación formulado contra el Auto de 13 de noviembre de 1997, resolutorio de la reforma contra el Auto de archivo de las Diligencias Previas núm. 1119/1997, del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Illescas, revocó parcialmente dicha resolución y, en consecuencia, acordó la prosecución del procedimiento respecto del delito de expropiación ilegal objeto de dichas diligencias, confirmando el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida y declarando de oficio las costas de la alzada.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Illescas, con fecha 8 de septiembre de 1997, había dictado Auto cuya parte dispositiva decía así: *«Incóese diligencias previas y al mismo tiempo se decreta su archivo»*. Contra esta resolución se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, dictándose con fecha 13 de noviembre de 1997 Auto resolviendo el de reforma, cuya parte dispositiva decía así: *«Resuelvo desestimar el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de este Juzgado de 8 septiembre 1997, por el que se procedió al archivo de la denuncia presentada al no ser los hechos referidos constitutivos de delito, y confirmarlo en todos sus términos»*.

h) La Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª), mediante Auto núm. 204/2008, de 17 de septiembre, en recurso de apelación frente al Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Orgaz, de 31 de marzo de 2008, por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto contra el auto de sobreseimiento de 10 de enero de 2008, sin mayores concreciones señala: *«La representación procesal de Penélope recurre la decisión adoptada en la primera instancia de sobreseer provisionalmente las presentes actuaciones, aduciendo que de las pruebas practicadas en autos hay indicios suficientes contra los querellados para considerarles autores de un delito de expropiación ilegal, otro de prevaricación y otro contra el medio ambiente y protección de la flora. Ante ello hay que decir que el sumario y, en general, la instrucción tienen por objeto establecer si los hechos que*

se investigan pueden ser o no constitutivos de delito y las personas que en él han participado, y en el caso que ahora se somete a la consideración de esta Sala, teniendo en cuenta la naturaleza de los delitos puestos en conocimiento de la Instructora y de las circunstancias que se han puesto de manifiesto en la fase de instrucción, no se observa la trascendencia penal que se pretende por la recurrente a los hechos que se imputan a los apelados. La creación de los tipos penales y, por tanto, la interpretación de los que se plasman en la parte especial del Código Penal ha de responder al principio de intervención mínima, a la vez que a la necesidad de proteger los bienes, tanto de la persona, como de la sociedad, de forma que solo debe recurrirse al Derecho Penal en los casos en los que el mismo sea absolutamente necesario para la protección de los bienes jurídicos frente a los ataques más intensos de los que pueden ser objeto, lo que comporta, además, que las normas penales se encuadren dentro del ordenamiento jurídico conforme a un sistema debidamente coordinado en el que las sanciones penales representen el último e inevitable recurso a que acude el Estado. El principio de intervención mínima, unido a la necesidad de la salvaguarda de los bienes jurídicos, conduce a proclamar dos exigencias: a) La de que un hecho es constitutivo de delito en la medida en que contiene un real ataque a un bien jurídico a través, además, de una conducta dotada de una expresión sustancialmente objetiva, en la que los elementos subjetivos pueden tener la función de requisitos adicionales; b) Se exige que los tipos penales aparezcan formulados con unos contornos precisos, evitando cláusulas indeterminadas que priven a las figuras de delito de límites claros y seguros».

i) La Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª), mediante Auto núm. 6/2008, de 28 de enero, desestimando el recurso formulado contra la resolución dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Illescas, señala lo siguiente: *«La mera lectura del recurso lo que nos indica claramente es que el querellante ha optado por el ejercicio de la acción penal en defensa de su eventual e hipotético derecho de propiedad cuando no es esta jurisdicción la adecuada para dirimir sus diferencias jurídicas con el Ayuntamiento ni para dilucidar donde está su finca y si es que existe, ni si ha sido incorporada o no a los terrenos en los que se ha producido una ampliación del Ayuntamiento de Yuncos».*

Tal afirmación, sin otras aclaraciones o precisiones, podría hacer pensar a los operadores jurídicos que cualquier ocupación ilegal de terrenos por una Administración Pública con los caracteres típicos del ilícito penal deberían situarse en la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual no sería ajustado a la doctrina del Tribunal Supremo. Quizás hubiera sido necesario precisar o concretar los motivos por los que no es la jurisdicción penal la adecuada en este caso, no se vaya a crear la idea de que en ningún caso sería aplicable el delito de expropiación ilegal.

j) El Juzgado de Instrucción n.º 3 de Torrijos (Toledo), en Auto de 30 de septiembre de 2014, en Diligencias seguidas contra autoridad pública a quien se imputan delitos de expropiación ilegal, prevaricación y contra la ordenación del territorio, después de realizar unas consideraciones teóricas sobre ambos delitos, sin argumentación fáctica alguna, y antes de acordar el sobreseimiento, concluye que: *«En este caso, de las diligencias practicadas no resulta la existencia de indicios racionales de perpetración del hecho delictivo imputado a la vista de lo obrante en el expediente. En el caso de autos, nos encontramos ante una presunta ocupación ilegal de terrenos, a la que se le atribuye trascendencia penal. Como se indicó en el primer razonamiento, no puede hablarse de expropiación ilegal, quedando únicamente analizar si concurre prevaricación. Analizadas la totalidad de las diligencias practicadas concluye esta instructora que no existe tal tipo penal».*

La continuidad del procedimiento en el Juzgado n.º 3 de Torrijos fue posible después de que la Audiencia Provincial de Toledo, mediante Auto de 24 de mayo de 2012, acordara revocar un primer Auto de archivo de fecha 23 de agosto de 2011 (*«Revocar el auto de archivo dictado por el Juzgado de Instrucción número 3 de Torrijos en las diligencias previas nº 2306/2009 y ordenar que prosiga la tramitación de la causa, practicando las diligencias expresadas y las demás que el Juzgado estime oportunas para el debido esclarecimiento de los hechos»*).

2. Precedentes en que sí fueron apreciados los delitos

a) La Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª), en Sentencia núm. 286/2001, de 23 de junio, enjuició a un Alcalde que ordenó ejecutar la obra P/1, incluida en los Planes de Obras y Servicios de 1994, relativa a la mejora de redes y pavimentaciones, por la que se procedía a la

apertura de una nueva calle, la cual era lindante con una finca propiedad de R. R., ocupando las obras parte de la citada finca en una superficie de 150 metros cuadrados, realizándose tal ocupación sin que, con carácter previo por parte del Ayuntamiento, se tramitara el correspondiente procedimiento expropiatorio previsto legalmente. Se condenó a los acusados como autores responsables de un delito de prevaricación cometido por funcionario público. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección primera, condenó a los acusados A. y J. como autores criminalmente responsables de un delito de prevaricación administrativa, absolviendo a A. del delito de daños que le imputaba la acusación particular, con indemnización civil que se determinará en ejecución de sentencia, declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de J. (Granada).

El Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en Sentencia núm. 704/2003, de 16 de mayo, confirmó la sentencia señalando: *«Con relación al acusado Álvaro,... del Ayuntamiento de Jayena, cuando se acordó la iniciación de las obras de la calle en cuestión, sin incoar expediente alguno de expropiación, una vez que le constaba la afectación en la finca del Sr. Juan Miguel y la oposición de éste, es evidente que desborda de manera clamorosa la legalidad, incluso constitucional, como hemos ya analizado, y es patente la comisión delictiva por la que ha sido condenado en la instancia. (...) Únicamente pudiera cuestionarse la aplicación del art. 358 del Código penal de 1973 (hoy, 404), y no el vigente art. 541 (antes 196), precepto específico relacionado con las actividades públicas conectadas con expropiaciones ilegales, y cuya naturaleza es idéntica al delito de prevaricación administrativa. Ahora bien, no planteado por las partes en el recurso, y como quiera que lleva aparejada una pena de multa que no se prevé en el marco punitivo del delito de prevaricación, y que uno de los requisitos del mismo, conforme a jurisprudencia de esta Sala, es que se expropie a una persona de sus bienes fuera de los casos permitidos, lo que supone, en concordancia con el art. 33 CE, sin causa alguna justificada de utilidad pública o interés social (Sentencia 2542/2001), lo que parece palpable en el caso enjuiciado, situándose la prevaricación en la adopción de tal resolución sin incoar procedimiento administrativo alguno para llevar a cabo tal expropiación, es procedente no modificar el título de imputación que ha servido de marco legal en este proceso, que ha sido expresamente aceptado por todas las partes».*

Se trataba de iniciación de obras sin incoar expediente alguno de expropiación, a pesar de la afectación de la finca del denunciante y la oposición de éste. El Tribunal Supremo añadía: *«Se cometerá pues, el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo conciencia de que actúa al margen del ordenamiento jurídico, en lo sustancial y/o en lo adjetivo y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere producir dicho resultado y antepone esta voluntad, convertida caprichosamente en fuente de una norma particular, al deber de atenerse a los mandatos de la Ley. Pues bien, en el caso concreto, ha quedado probado palmariamente la concurrencia de aquellos requisitos, puesto que, los acusados Fernando y José Félix, que son funcionarios públicos dada su condición de Alcaldes de la localidad granadina de Jayena, respectivamente ordenaron, uno, ejecutar la obra 68-GPP/1994 relativa a la mejora de redes y pavimentaciones, procediendo a la apertura de una calle (final del año 1994) y otro (septiembre del 96) la continuación de las obras, ocupando y despojando parte de una finca de Pedro R. R., no sólo con infracción clara y patente de la normativa urbanística y procedimiento expropiatorio, sino con plena conciencia del acto ilegal que estaban realizando; así Fernando Moles adoptó la decisión de ordenar sin incoación de expediente administrativo de ningún tipo y sin participarlo previamente al administrado a fin de que pudiera hacer las alegaciones que se estimaran pertinentes, que se procediera bajo su dirección a la ocupación, para apertura de una calle, de una franja de terreno propiedad de Pedro R. R., lo que necesariamente conllevó la corta y arranque de 15 álamos, que aunque el acusado ha negado fuesen del querellante, por la testifical practicada en la vista oral, ha quedado plenamente probado que estaban y eran propiedad del Sr. R.; como igualmente se ha acreditado que no se realizó procedimiento expropiatorio alguno (...). Por lo que se refiere al otro delito de prevaricación perpetrado por José Félix M. Q., ha quedado probado que entre la 1ª y 2ª fase de las obras hubo un período de paralización al menos desde abril del 95 a agosto del 96, habiéndose dado cambio de alcalde en la Corporación, siendo el nuevo, también José Félix, quien sabía perfectamente la querrela interpuesta por D. Pedro R. contra su antecesor, buena prueba de ello es que fue él quien con fecha 20.7.95 adjuntó el expediente administrativo (folio 39)*

de las obras de la primera fase en donde no existía procedimiento expropiatorio alguno de la finca del Sr. R., al Juzgado de Instrucción núm. Uno de Loja en virtud de la querrela interpuesta, siendo evidente que luego no sólo se abstuvo de velar por el cumplimiento de la disciplina urbanística, sino que promovió la ejecución de la segunda fase del sector sin efectuar el correspondiente expediente de expropiación forzosa aunque fuera por vía de urgencia, así no sólo consta lo anterior sino que el Sr. R. antes de formular la denuncia en el Cuartel de la Guardia Civil el 11-10-96 al Ayuntamiento con su mujer a hablar con el Alcalde Félix el cual no les hizo caso, es más les dijo que aquello no era suyo sino del Ayuntamiento; en consecuencia la actuación de José Félix mandando continuar las obras por las que se consolidaba por completo el despojo efectuado al Sr. R. sin incoación de expediente administrativo de ningún tipo, debe calificarse de conscientemente arbitraria amén de injusta por ilegal».

b) La Audiencia Provincial de Zaragoza, con fecha 12 de marzo de 2002, dictó Sentencia en la que se condenó a los acusados, como autores responsables de un delito de falsificación de certificados, a la pena de seis meses de suspensión para el cargo de Alcalde al primero y del de Secretaria de Administración Local a la segunda, y al primero además como autor de un delito de expropiación ilegal a la pena de seis meses de suspensión para el cargo de Alcalde, de cumplimiento sucesivo con el anterior y multa de 650 euros. El caso surgió de que el Ayuntamiento de V. de H. quería realizar unas obras de construcción de una plaza pública y pavimentación de la misma en el paraje propiedad de los demandantes.

Esa Sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), mediante Sentencia núm. 1020/2003, de 12 de julio, en la que señalaba: *«La relación de hechos probados nos demuestra que el Alcalde era consciente de la ilegalidad de su decisión expropiatoria y que pretendía encubrirla, haciendo ver a la Diputación que subvencionaba las obras que disponía de los terrenos necesarios para ello, bien porque fueran titularidad del Ayuntamiento o bien porque se hubiese iniciado el expediente de expropiación. Nada de esto sucede en el caso concreto, ya que el acusado, por las vías de hecho, trató de actuar sin ningún trámite previo, de carácter expropiatorio y tuvo que ser el titular de las parcelas el que iniciase el procedimiento contencioso-administrativo para restablecer su derecho. El resultado material de la expropiación ilegal se ha producido ya que las obras se llevaron a efecto y han incidido sobre los bienes de un particular. La posible reparación o indemnización y la tramitación en forma, de un expediente expropiatorio, pone de relieve, por un lado, que la anterior decisión era ilegal y, por otro, que los perjuicios económicos del delito, se han producido sin perjuicio de que si se accede a la expropiación se le puedan reparar (...). 2. La afirmación fáctica, expresada en forma de convicción, por la Sala sentenciadora, establece que, a la vista de las numerosas pruebas practicadas, no sólo por el carácter documental sino también testifical, llega a la conclusión irrefutable de que las parcelas afectadas eran de titularidad privada. Tratándose de un pueblo de escasos habitantes estos hechos eran notorios y conocidos por todos ellos y no pueden ser desvirtuados o cubiertos por la famosa asamblea de vecinos, a la que solamente asistió el Alcalde, su mujer y un pensionista que había trabajado para el Ayuntamiento, que también sabían que la finca tenía propietario privado. La afirmación de este elemento subjetivo, que se infiere de todos los antecedentes de hecho, resulta inatacable por la vía que pretende la recurrente».*

c) La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3ª), en Sentencia núm. 15/2002, de 12 de marzo, condena por expropiar a una persona de sus bienes fuera de los casos permitidos, para la construcción de una plaza por el Ayuntamiento sobre parcelas de titularidad privada, sin que se indemnizara a los dueños de las mismas en el correspondiente expediente expropiatorio.

d) La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª), en Auto núm. 20/2015, de 16 de enero, revocó la decisión del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción n.º 2 de Puerto de la Cruz, que no se consideró la existencia de los delitos imputados por la acusación, y dejó zanjada la cuestión de *«la existencia de indicios de criminalidad por los dos hechos bien distintos, uno, fechado en el año 2006, los días 28 y 29 de junio, que presuntamente integraría el delito de prevaricación, al haberse ordenado llevar a cabo la demolición de un inmueble privado que amenazaba ruina sin expediente administrativo alguno, ordenándose verbalmente por alguien y utilizando las vías de hecho tal ejecución, y otro, fechado a finales del año 2008 y principios del año 2009, consistente en ordenar o dar cobertura a un acto apropiativo y su incorporación al demanio público igualmente por*

vía de hecho de un inmueble privado sin llevar a cabo un expediente de expropiación, con claro atentado al derecho de propiedad, cuya función social es regulada por la ley. Respecto del primer acto, que integraría el delito tipificado en el art. 404 CP, ya hemos señalado que auto dictado adolece de imprecisión y en tal sentido debe ser estimado el recurso, pero respecto del segundo acto, que integraría en principio un delito previsto en el art. 541 CP, nada se dice, pese a haber sido objeto de investigación tal hecho y ordenarse en el auto citado de la Audiencia la culminación de su investigación. Por otro lado, pese a que se afirme en el recurso que don B., Concejal de Obras de Servicios y Jardines desde junio de 2007 a octubre de 2009, declaró como imputado, tampoco la resolución recurrida se pronuncia sobre el mismo, ya para imputarle algún hecho, pues según se afirma daría las órdenes de colocar losetas, dos bancos y tres macetas, ya para acordar el sobreseimiento. Y es que, respecto de este segundo hecho, tampoco hubo tampoco expediente administrativo y la construcción de la plazoleta fue efectuada por personal del Ayuntamiento. Según el Certificado obrante al folio 29, que recoge el informe de la jefa de Servicio del Área de Recursos Humanos, Empleo y Seguridad, D.ª Z., "el Servicio Canario de Empleo otorga subvención al Ayuntamiento para ejecutar el Proyecto denominado PROART 2, y se contrató a personal externo y según los datos obrantes en el expediente de dicho proyecto, parte del personal agregado al mismo colaboró con personal municipal perteneciente al Área de Obras y Servicios en la ampliación de la acera de la C/ P. de Punta Brava así como colocación de bancos y papeleras". Desconociéndose por tanto quien elaboró dicho expediente, qué antecedentes y titularidades dominicales se hacía constar respecto de los terrenos afectados, quien era la autoridad firmante etc. y por tanto se desconoce si en dicho expediente consta el funcionario o autoridad que ordenó tal acto apropiativo. El recurso merece pues, en este segundo extremo, también ser estimado en el doble sentido de incluir en el auto impugnado este segundo hecho (expropiación vía de hecho) previa la práctica de diligencias encaminadas a averiguar y hacer constar qué funcionario o autoridad dio las órdenes para tal actuación (construcción de plaza en unos terrenos privados sin haber sido expropiados) y motivar de forma clara y expresa, en su caso, la decisión de sobreseer las actuaciones respecto de don B., Concejal de Obras de Servicios y Jardines en el período de ejecución de dicha obra».

e) Por último, resulta llamativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), núm. 274/2008, de 28 abril, que desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento contra la sentencia 2/2006, de 9 de enero de 2006, por la que se estimó el recurso Contencioso-Administrativo número 13/2005, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Jaén, que confirma en todos sus pronunciamientos, y se dejó sin efecto la resolución en cuanto a la ocupación del sobrante de 18,32 m², no necesario para la ejecución del vial, y la obligación del Ayuntamiento de Jodar de restituir al actor los terrenos indebidamente ocupados, devolviéndoselos exactamente en las mismas condiciones en que se encontraban antes de aprobar su ocupación. Esta resolución comprobó la existencia de un claro supuesto en que los hechos presentaban indicios de constituir delito de expropiación ilegal del art. 541 y de prevaricación del art. 404, ambos del Código Penal.

Señala para ello: «Que la maniobra llevada a cabo por los responsables del Ayuntamiento de Jodar resulte tan burda jurídicamente como para incurrir, con se demuestra sin necesidad de grandes esfuerzos dialécticos, en la más absoluta vulneración del ordenamiento jurídico, explica la brevedad con que esta cuestión ha sido analizada en la sentencia, pese a lo cual es claro que en la misma se constata que no concurría causa expropriandi al no existir el menor atisbo de utilidad pública o interés social legalmente declarado, ni implícito en el planeamiento urbanístico que sólo legitimaba la expropiación de lo estrictamente necesario para la ejecución del vial, y no más superficie. Por tanto, lo que la apelante pretende presentar como un rechazo de la tesis sostenida en la demanda acerca de la desviación de poder no es tal, sino sencillamente que el Juez ha estimado innecesario acudir a la desviación de poder cuando lo que hay es la absoluta inexistencia de causa expropriandi justificadora del ejercicio de la potestad expropiatoria. Sea como fuere, esta Sala, que tiene la plenitud de conocimiento del litigio mediante la apelación, declara expresamente en la presente sentencia la concurrencia de la desviación de poder proscrita en el art. 63, 11 de la Ley 30/1992. No otra calificación merece el actuar de los responsables del Ayuntamiento de Jodar».

Por ello, se acuerda que se deduzca testimonio de la sentencia, de la apelada, así como del expediente administrativo, y que se remita al Ministerio Fiscal, para la averiguación de los posibles

delitos de prevaricación y expropiación ilegal en la actuación administrativa.

III. Naturaleza jurídica de la acción

La cuestión a debate no tiene que ver con la actuación administrativa de la Administración responsable, sino con «*el enjuiciamiento, por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal, de las personas que, ocupando o desempeñando las funciones propias de órganos de la Administración, incurren en conductas que revisten caracteres de delito*», como ha señalado el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en Sentencia núm. 766-1999, de 18 de mayo.

Puede existir cierta confusión sobre la posibilidad de la vía a utilizar, pero hay que tener en cuenta la compatibilidad de vías jurisdiccionales distintas cuando se trata de cuestiones diferentes en protección de bienes jurídicos distintos. En estos casos, hay que diferenciar las acciones dirigidas a una posible reivindicación de la posesión de unos terrenos que han sido ilegalmente ocupados, a través de la vía civil o administrativa, de esas otras acciones encaminadas a exigir las responsabilidades derivadas de los ilícitos penales cometidos. La jurisdicción penal habrá de ser utilizada cuando se imputa una actuación ilegal, configurada y tipificada en el Código penal, independientemente de que la posesión de los terrenos estuviera resuelta o no. De este modo, el delito de expropiación ilegal del artículo 541 persigue la expropiación por autoridad pública de unos bienes fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales establecidos, en concordancia con el art. 33 CE; mientras que el delito de prevaricación administrativa, llamado así para diferenciarlo de la prevaricación judicial, recogido en el art. 404 CP, tiene como finalidad la protección del correcto funcionamiento de la función pública conforme a los parámetros constitucionales y normas jurídicas que la desarrollan, tutelándose —Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2005— una actuación de los funcionarios públicos con total objetividad y pleno sometimiento a la Ley.

Se acude a la jurisdicción penal, en virtud del artículo 117.3 de la C.E., ante la actuación ilegal de un funcionario o autoridad que ha llevado a cabo una conducta que reviste todos los caracteres de los delitos que se imputan.

El reproche penal que se hace está fundado en los siguientes títulos de imputación:

a) Delito de expropiación ilegal tipificado en el artículo 541 del Código Penal, que dice: «*La autoridad o funcionario público que expropie a una persona de sus bienes fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales, incurrirá en las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses*».

La explicación del tipo penal de expropiación ilegal debe partir de la declaración consagrada en el artículo 33.3 CE, según la cual «*nadie podrá ser expropiado de sus bienes y derechos sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes*». El sentido del recurso al Derecho penal no se encuentra por ello en una protección incondicionada de la propiedad privada, sino de la garantía respecto a las formas en que puede llevarse a cabo la intervención administrativa sobre la misma.

Los elementos del tipo han sido descritos por la jurisprudencia del siguiente modo: a) el sujeto activo tiene que ostentar el carácter de funcionario público; b) la expropiación se refiere a toda clase de bienes muebles, inmuebles y en general todos los que constituyen el patrimonio de una persona física o jurídica; c) que se prescinda de todo procedimiento expropiatorio o se cometan irregularidades en su tramitación que no sean susceptibles de ser corregidas por vía administrativa; d) que se produzca el despojo o expropiación de los bienes, ya que se trata de un delito de resultado y no de mera actividad (Sentencia del Tribunal Supremo —Sala de lo Penal—, de 10 de diciembre de 1991).

Es prácticamente de nula incidencia la teoría del error, dada la condición de autoridad o funcionario público en el autor del delito, y el sentido de protección constitucional que impregna el contenido de la norma penal (Tribunal Supremo —Sala de lo Penal—, Sentencias núm. 2542/2001, de 28 diciembre, y de 12 de julio de 2003).

b) Delito de prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos,

tipificado en el artículo 404, que dice: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».

Se pretende con la tipificación del delito de prevaricación administrativa tutelar el correcto ejercicio de la función pública conforme a las reglas derivadas de la Constitución dentro de un Estado Social Democrático y de Derecho, es decir que la administración actúe bajo el imperio de la ley, ajustándose así (STS de 28 de marzo de 2006) a las normas jurídicas que rigen todas y cada una de las Administraciones públicas que conviven en el seno del Estado.

Los elementos del tipo son:

- autoridad o un funcionario que tenga una competencia.
- resolución arbitraria, lo que significa que sea ilegal en abierta contradicción u oposición con la norma jurídica que aplica (acto administrativo). Una resolución arbitraria es aquella que resulta injusta. Burda, aparente y grosera.
- a sabiendas de su injusticia (voluntad y conciencia).

IV. Caracteres de los delitos de expropiación ilegal y de prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos, en los casos de ocupación de terrenos

1. Sobre el delito de expropiación ilegal tipificado en el artículo 541 del Código Penal:

a) El sujeto activo será la persona que ostente el carácter de autoridad pública en la Administración Pública respectiva.

Se estará al contenido del expediente administrativo o a su inexistencia, comprobando si existe, o no, un documento de disponibilidad de terrenos, Acta de Replanteo que se ajuste, en cuanto a su ubicación, al proyecto aprobado. Esto permitirá comprobar si la Autoridad Pública, conociendo que tenía que seguir determinadas pautas administrativas, con un evidente menosprecio a ello, ha procedido a invadir una propiedad ajena, sin trámite administrativo previo alguno.

b) El objeto de la expropiación ilegal serán los terrenos del particular, que constituyen el patrimonio de una persona física. Debiendo existir plena constancia y concreción de la superficie ocupada.

c) Haber prescindido de todo procedimiento expropiatorio.

No existirá documento alguno que acredite la disponibilidad de los terrenos concretos y específicos donde se ha construido.

d) Producción de despojo o expropiación de los bienes, es decir estamos ante un delito de resultado y no de mera actividad (STS 10 diciembre 1991). El resultado material de la expropiación ilegal se produce cuando las obras se llevan a cabo e inciden sobre los bienes de un particular.

e) La autoridad actuante será plenamente consciente de la ilegalidad que está cometiendo, incluso, en muchos supuestos, persistiendo en su ánimo de expropiación ilegal. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1020/2003, de 12 julio.

2. Sobre el delito de prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos, tipificado en el artículo 404:

a) Que la persona actuante ostente el carácter de autoridad pública.

Al tratarse de un delito especial propio, los elementos objetivos de la autoría quedan determinados por la cualidad de funcionario público del agente, cualidad ampliada a los supuestos de toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, bien por disposición directa de la Ley, bien por nombramiento de autoridad competente o por elección popular.

Incluso en supuestos en que existe un proyecto legalmente aprobado y un documento de disponibilidad de terrenos, pero el Acta de replanteo no se ajusta, en cuanto a su ubicación, al

proyecto aprobado, por lo que habrá de deducirse que la obra se construye no donde el proyecto prevé sino donde la Autoridad decide en acuerdo con la empresa constructora.

b) La persona responsable, en su condición de autoridad pública, a sabiendas de su injusticia y por su pura y simple voluntad, dicta una resolución arbitraria, obrando con una clara conciencia de la arbitrariedad, que reviste los caracteres del tipo penal contemplado en el artículo 404 del Código Penal. Resolución arbitraria, por resultar injusta, burda, aparente y grosera (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2005).

c) La autoridad pública actúa, en todo momento, a sabiendas de la injusticia que estaba cometiendo, con una clara voluntad y conciencia de su modo de proceder. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 704/2003, de 16 de mayo de 2003, dice a este respecto: *«cuando se acordó la iniciación de las obras de la calle en cuestión, sin incoar expediente alguno de expropiación, una vez que le constaba la afectación en la finca del Sr. Juan Miguel y la oposición de éste, es evidente que desborda de manera clamorosa la legalidad, incluso constitucional, como hemos ya analizado, y es patente la comisión delictiva por la que ha sido condenado en la instancia. En particular, la lesión del bien jurídico protegido en el delito de prevaricación administrativa se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (SSTS 647/2002 y 1497/2002)».*

En particular, la lesión del bien jurídico protegido en el delito de prevaricación administrativa se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo.

Como establecía la Sentencia de Tribunal Supremo n.º 363/2006, de 28 de enero, recordando entre otras la de 4 de diciembre de 2003, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas.

La decisión de una autoridad pública, con capacidad de decisión, de ocupar unos terrenos sin expediente expropiatorio alguno ha de ser calificada de resolución arbitraria constitutiva de un delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal.

Por tanto, según reiterada jurisprudencia, dicho delito está configurado como: a) el bien jurídico protegido es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución y la obligación de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho; b) cualidad de funcionario público del agente, cualidad ampliada a los supuestos de toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, bien por disposición directa de la Ley, bien por nombramiento de autoridad competente o por elección popular; c) la exigencia de tener facultades decisorias; d) puede cometerse tanto mediante una actuación positiva, como omisiva; e) la resolución será como tal un acto administrativo que supone una declaración de voluntad, de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general; f) puede referirse a la falta absoluta de competencia jurídica de decisión del sujeto activo, a la carencia de los elementos formales indispensables o a su propio contenido sustancial, entendiéndose cumplido este supuesto cuando existe una contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico o la resolución que se dicte; g) dictada a sabiendas de su injusticia.

V. Posición del Tribunal Supremo y connotaciones de los referidos delitos

En estos casos, cuando se constata que ha existido una actuación ilegal de un funcionario o autoridad, aparece una conducta que reviste todos los caracteres típicos de un delito de expropiación ilegal por autoridad pública de unos bienes fuera de los casos permitidos y sin cumplir

los requisitos legales que define el artículo 541 del Código penal, así como un supuesto paradigmático de prevaricación administrativa contemplado en el artículo 404 del Código penal, de los que presuntamente sería culpable la autoridad responsable.

Se trata de supuestos en los que los hechos son fruto de una sencilla y simple constatación de los mismos a la vista de las correspondientes pruebas, sin que para tal conclusión sea necesario acudir a ningún tipo de valoración subjetiva. En estos casos no sólo estamos ya ante indicios penales, sino ante verdaderos y evidentes hechos constatados, que reúnen todos y cada uno de los requisitos expuestos, siendo tan evidentes, incontestables y de tal contundencia que, en virtud del artículo 117.3 de la C.E., se puede afirmar que no deben permitir otra opción legal que acordar el procesamiento de la autoridad responsable.

Establece el art. 541 del Código Penal que *«la autoridad o funcionario público que expropia a una persona de sus bienes fuera de los casos permitidos, sin cumplir los requisitos legales, incurrirá en las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses»*.

El responsable ostentará la cualidad de funcionario público, cualidad ampliada en el supuesto a toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, bien por disposición directa de la Ley, bien por nombramiento de autoridad competente o por elección popular, a la que se refiere el mencionado art. 541 del Código Penal, en consonancia con lo también determinado en el art. 24 del mismo cuerpo legal.

La autoridad, cuando es advertida de lo ilegal de su actuación y es plenamente consciente del atropello que está realizando, es claramente revelador de una actuación dolosa, arbitraria y temeraria, y un afán confiscatorio de unos terrenos de propiedad privada sin procedimiento administrativo alguno.

Se prescinde del correspondiente procedimiento expropiatorio, la invasión de los terrenos no se debe a una causa de utilidad pública o interés social, que quizás y de por sí pudiera justificar la expropiación, cuando existen o pueden existir terrenos adecuados. En definitiva, supone un actuar caprichoso y arbitrario de la autoridad pública.

Para poder proceder a una expropiación será necesario el requisito previsto en el art. 15 de la Ley de Expropiación Forzosa, que establece que la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes que sean estrictamente indispensable para el fin de la expropiación.

En definitiva, tal y como se desprende de lo señalado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en Sentencia núm. 1020/2003, de 12 julio, deben cumplirse todos los requisitos legales del delito que describe y tipifica el art. 541 del Código Penal: a) el sujeto activo ostenta el carácter de autoridad pública; b) la expropiación se refiere a un bien inmueble que constituye el patrimonio de una persona); c) se ha expropiado a mi representante un bien fuera de los casos permitidos, lo que supone, en concordancia con el art. 33 CE, sin causa alguna justificada de utilidad pública o interés social, ya que existen terrenos suficientes y adecuados para la realización de la referida obra; d) se ha prescindido de todo procedimiento expropiatorio, es decir, sin cumplir los requisitos legales; e) el sujeto activo ha actuado con dolo, es decir con ánimo confiscatorio.

En estos casos, es prácticamente nula la incidencia la teoría del error, dada la condición de autoridad pública en el autor del delito, y el sentido de protección constitucional que impregna el contenido de la norma penal.

Los hechos de estos supuestos constituyen también un delito tipificado en el art. 404 del Código Penal. La decisión de una Autoridad Pública, con capacidad competencial en una Administración Pública, de ocupar unos terrenos sin expediente expropiatorio alguno sí ha de calificarse de resolución arbitraria constitutiva de un delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal.

Incluso en supuestos en que concurre una causa de utilidad pública o interés social que sí hubiera podido justificar la expropiación, y lo imputado sería la vía de hecho o el que se hubiera prescindido del procedimiento expropiatorio, el Tribunal Supremo ha entendido que queda encuadrado en el tipo genérico de la prevaricación. Se puede citar en este sentido la Sentencia núm. 704/2003, de 16 de mayo.

Esta Sentencia confirma tal calificación respecto de autoridades que acuerdan llevar a cabo

unas obras que afectan a terrenos privados sin expediente alguno de expropiación u otro tipo de adquisición legal, pese a constarles la oposición del titular, ya que al actuar así se «desborda de manera clamorosa la legalidad, incluso constitucional». Concurren pues en semejante conducta todas las notas que definen la prevaricación, que no se identifica, como se ha dicho de modo reiterado, con cualquier infracción del ordenamiento administrativo, sino, como dice la última de las sentencias citadas, la calificación de arbitraria de una resolución administrativa se refiere a «la falta absoluta de competencia jurídica de decisión del sujeto activo, a la carencia de los elementos formales indispensables o a su propio contenido sustancial, entendiéndose cumplido este supuesto cuando existe una contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico o la resolución que se dicte en un procedimiento administrativo lo sea sin cumplir lo que legalmente está preceptuado con carácter esencial».

En algunas resoluciones judiciales se utiliza el argumento de que no es suficiente, sin embargo, que una resolución administrativa no sea adecuada a derecho para que constituya un delito de prevaricación, pues el control de la legalidad de los actos administrativos corresponde, en principio, a la jurisdicción contenciosa y no sería compatible con la correcta articulación entre los poderes del estado de derecho diseñado en la CE una criminalización sistemática de los actos de la administración que estuviesen en contradicción con la ley o implicasen desviación de poder. Tal afirmación, vista con carácter absoluto, podría llevar al absurdo de que los delitos de expropiación ilegal y prevaricación administrativa sean inaplicables, cuando las normas están para ser aplicadas. Cualquier acto administrativo puede estar contaminado de ilícitos penales, por lo que partir del silogismo de que como se trata de un acto administrativo la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, debe resultar falso. Es cierto que la inclusión del concepto supone un plus de contradicción con la norma, que ha de ser evidente, patente, flagrante y clamorosa, pero esto no supone su negación *a priori*.

Por tanto, no es necesario mayor razonamiento para concluir que una expropiación por la vía de hecho, sin expediente, ignorando incluso las solicitudes y requerimientos que previamente hacen los afectados, constituye un supuesto paradigmático de prevaricación.

La Sentencia del TS antes reseñada, en uno de los párrafos del fundamento de derecho quinto, señala: «Con relación al acusado..., del Ayuntamiento..., cuando se acordó la iniciación de las obras de la calle en cuestión, sin incoar expediente alguno de expropiación, una vez que le constaba la afectación en la finca del señor... y la oposición de éste, es evidente que desborda de manera clamorosa la legalidad, incluso constitucional, como hemos ya analizado, y es patente la comisión delictiva por la que ha sido condenado en la instancia. En particular, la lesión del bien jurídico protegido en el delito de prevaricación administrativa se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades administrativas, actúe con desviación de poder, omita dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (SSTS 647/2002 y 1497/2002)».

Conforme a los requisitos jurisprudenciales anteriormente señalados, cuando se dan los supuestos de hecho referidos, no debería ofrecer dudas al Juzgador para la admisión de una posible querrela, pues no se necesita en nuestro Derecho que el delito esté ya desde el inicio tipificado, con independencia de que pudiera estarlo plenamente; sino que la acción penal nace, como decía Carnelutti, de la simple sospecha: «la actividad del juez no está dirigida al conocimiento del hecho controvertido, es decir a su posición conforme a la realidad, sino a su determinación o fijación formal», y aunque la correspondiente integración de una acción o estado de conducta en su correspondiente presupuesto de hecho del Código Penal es labor exclusiva del Juez, la actividad ha de comenzar necesariamente mediante el ejercicio de la acción penal, que triunfará no con el conocimiento del delito, sino de una simple duda o sospecha que a lo largo del proceso se podrá ir transformando en evidencia y afirmación.