

DEFENSA JURÍDICA EN PROCESOS PENALES DERIVADOS DE ACTOS Y OMISIONES DE CARGO PÚBLICO LOCAL

Rafael Entrena Fabr 

Socio Director de Entrena & Santin Abogados

Febrero 2024

I.- INTRODUCCIÓN.

1) En una sociedad ideal, la inclusión en el presente Seminario de la ponencia que me ha sido encomendada podría entenderse innecesaria e, incluso, inoportuna.

Si, constitucionalmente se establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, (art. 103 CE) no debería tener sentido impartir formación sobre la defensa jurídica penal de los cargos públicos, en la medida que el ejercicio de responsabilidades de manera honesta y con estricto sometimiento al ordenamiento jurídico no debería entrañar riesgo alguno en esta materia.

Por lo tanto, podría llegar a concluirse que proporcionar directrices para la prevención de riesgos penales o estrategias de defensa en el marco de procedimientos de investigación de la Fiscalía o los Juzgados de lo Penal, sólo resultara a útil para aquel cargo electo corrupto o que actúa con manifiesto desprecio a la legalidad.

Lamentablemente, la realidad es muy distinta a dicho planteamiento utópico.

2) La experiencia nos demuestra que en los últimos años se han multiplicado las acciones penales en relación con asuntos de naturaleza estrictamente administrativa que, en la mayoría de los casos, han finalizado con una resolución de sobreseimiento y archivo de las actuaciones o en una sentencia absolutoria.

El recurso al Derecho Penal es utilizado, con frecuencia, por particulares y empresas como medio de presión a cargos electos y funcionarios cuando los expedientes administrativos no se tramitan o resuelven de acuerdo con sus expectativas y el debate político, a menudo se canaliza, de manera poco responsable, a través de denuncias y

querellas poco o nada rigurosas que, inmediatamente, son filtradas a los medios de comunicación con fines electorales.

En lo que se refiere al proceso penal, el filtro de la admisión de querrela rara vez se aplica y el entendimiento de que la posición de investigado dota de mayores garantías al querrellado determina que se adquiriera dicha condición con relativa facilidad.

Sin embargo, pese a que se ponga de manifiesto, a veces con carácter casi inmediato, la inconsistencia de las acusaciones y la inexistencia de indicios de delito la maquinaria judicial es, con carácter general, muy lenta en corregir dicha situación, de manera que la conocida como “pena de banquillo” se prolonga, injustamente durante meses y años.

Lo expuesto no es en absoluto inocuo. Al padecimiento personal de verse sometido a un proceso penal de forma injusta, se añade, con frecuencia, el oprobio del sometimiento a un proceso paralelo ante los medios de comunicación y la opinión pública y el ostracismo social.

Ello tiene, evidentemente, consecuencias personales, profesionales y reputacionales y son numerosísimos los casos en que, quien se ha visto sometido a dicha situación, se ha visto forzado a dimitir de su cargo y abandonar la vida política, pese a que, con posterioridad, el lento, pero inexorable camino de la justicia ha llevado a declarar, en muchos supuestos, la inexistencia de indicios de delito en los hechos denunciados. Por desgracia, en ese momento, el daño producido es, con frecuencia, ya irreparable.

3) En definitiva, en el actual status quo, el desempeño de responsabilidades públicas implica, de manera evidente, el riesgo de verse inmerso en un proceso penal, por lo que el conocimiento de los mecanismos para prevenir dicha eventualidad y de las estrategias de defensa para evitar una condena injusta resulta pertinente y necesaria.

II.- LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El título XIX del Código Penal regula los delitos contra la Administración Pública.

Tradicionalmente, la doctrina ha sido de la opinión de que el Código optaba por agrupar diversas figuras delictivas en función de la cualidad de funcionario público del sujeto activo, pero sin que de ello pudiera derivarse la conclusión de un bien jurídico común de los tipos incluidos en el mencionado Título.

Pese al común reconocimiento de este planteamiento, han sido numerosos los intentos de definir el objeto tutelado partiendo de la cualidad del sujeto activo.

Así, tras un planteamiento inicial en el que, desde la teoría del “*deber del cargo*” se fundamenta el injusto de los delitos de los funcionarios en la infracción del deber específico de su función, originado por la particular relación que une al funcionario con el Estado, que en ocasiones se quiebra en un sentido de infidelidad, deslealtad o traición a la confianza depositada en él, se produce una reformulación de dicha concepción, al entenderse, por parte de la doctrina mayoritaria que la misma está anclada en una visión autoritaria de la actividad administrativa incompatible con un Estado social, democrático y de derecho; lo que abre paso a nuevos planteamientos como el de OCTAVIO DE TOLEDO, que cifró el elemento común en “*la función pública*”¹; o el de QUERALT en la “*capacidad prestacional de los servicios públicos*”; y VIVES y BOIX en el “*servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad*”² o, DE LA MATA y ETXEBARRIA en “*el ordenado funcionamiento de la administración*”³.

Las limitaciones propias de una ponencia no nos permiten abordar la totalidad de lo de los delitos contra la Administración pública, por lo que nos centraremos en algunas de las más emblemáticas y por las que, con mayor frecuencia, se dirigen acciones contra los cargos públicos: prevaricación, malversación, fraude en la contratación y desobediencia a la Autoridad judicial.

III.- EL DELITO DE PREVARICACIÓN.

1) Tipificación.

El artículo 404 CP tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en asunto administrativo.

¹ OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio (1980). *La prevaricación del funcionario público*. Madrid. Págs. 297 y ss.

² VIVES ANTÓN, Tomás S. y BOIX REIG, Javier (1996). *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia, pág. 679.

³ DE LA MATA, Norberto J. y ETXEBARRIA, Xavier (1995). *Malversación y lesión del patrimonio público*. Barcelona. Pág. 79.

2) Bien Jurídico tutelado.

Si bien, históricamente, se identificaba el objeto de protección de dicha figura delictiva con el incumplimiento del deber del cargo, entendido como la ruptura del deber de servicio que une al funcionario con la Administración Pública, la doctrina más moderna se centra en la relación entre la Administración y los ciudadanos y, en particular, en el interés público en la legalidad, imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración Pública. En este sentido, se pronuncia **MORALES PRATS**, en concordancia con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria:

“El bien jurídico genéricamente tutelado en el delito de prevaricación es el correcto ejercicio de la función pública conforme a los parámetros constitucionales. No obstante, el interés protegido más específicamente en este delito debe cifrarse en la tutela del debido respeto del principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, como principio esencial al que debe someterse la actividad pública en un Estado social y democrático de Derecho. Principio que goza de un amplio refrendo constitucional (art. 9.1 y 3 y 103 CE)”⁴.

En parecidos términos se manifiesta **ORTS**, al recordar que el artículo 103.1 de la Constitución declara el sometimiento pleno de la Administración Pública al Derecho (y el 9.3 proclama que la CE garantiza “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”) y expresar que, de tales preceptos fundamentales se deriva que el bien jurídico protegido por el delito de prevaricación es: *“el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a ley y al Derecho que es de la forma en que los poderes públicos han de prestar los servicios que la sociedad espere de ellos.”⁵*

C.- La jurisprudencia del TS describe el bien jurídico tutelado por el delito examinado en parecidos términos. La Sentencia 729/2017 de 10 Noviembre de 2017, recuerda que:

“lo que el tipo penal tutela, es el recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución, y en consideración a sus artículos 103 y 106. Según el primero, se establece la obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la ley y al derecho. Por el segundo, se indica el sometimiento al principio de legalidad de la

⁴ MORALES PRATS, Fermín; y RODRÍGUEZ PUERTA, María José (2016). *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. Aranzadi, Pág. 1647.

⁵ ORTS BERENGUER, Enrique (2016). *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia, Pág. 642.

actividad administrativa, con absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (SSTS 627/06, de 8 de junio o 605/2013, de 8 de julio, entre otras)."

En consecuencia:

"La sanción penal de la prevaricación tiende a garantizar el debido respeto a la imparcialidad y objetividad en el ámbito de la función pública y el principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal"⁶.

Declara, además, la STS 303/2013, de 26 de marzo (EDJ 2013/55371), que:

"Este delito, con independencia de que puede producir un daño específico a personas o servicios públicos, también produce un daño inmaterial constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerse, porque de custodio de la legalidad se convierten en sus primeros infractores con efectos devastadores en la ciudadanía. Nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo a la Ley, y por tanto el apartamiento de esta norma de actuación siempre supone una ruptura de esta confianza que lleva aparejada la más grave de las respuestas previstas en la sociedad democrática, la respuesta penal, y no puede servir de coartada a dicha respuesta penal la existencia de la jurisdicción contencioso- administrativa".

3) Sujeto activo: delito especial propio.

El delito de prevaricación se encuentra dentro de la categoría de los denominados especiales propios, por cuanto sólo podrá ser autor del mismo aquel funcionario o autoridad -conforme a la definición que proporciona el artículo 24 CP- que dicte la resolución arbitraria.

Los "*extraneus*", es decir, quienes no reuniesen las cualidades especiales de autor que predica el tipo, serán, en su caso, partícipes a título de inducción, cooperación necesaria o complicidad, y podrá aplicárseles el art. 65.3 del Código Penal, rebajando en un grado la pena, aunque no sea preceptivo.

⁶ En este sentido se pronuncian la SSTS 238/2013, de 23 de marzo; 426/2016, de 19 de mayo (EDJ 2016/68682), 795/2016, de 27 de octubre; 373/2017, de 24 de mayo (EDJ 2017/135139); 477/2018, de 17 de octubre (EDJ 2018/621769).

4) Norma penal en blanco.

El delito de prevaricación constituye una norma penal en blanco, que obliga a recurrir a los elementos normativos de una legislación administrativa externa al Código Penal para la total determinación de los elementos típicos.

5) Conducta típica.

El elemento objetivo de la prevaricación consiste en el dictado de una resolución arbitraria en asunto administrativo.

A.- Concepto de "resolución en asunto administrativo": Doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo.

A1.- La Sala de lo Penal del TS ha venido reiterando que, a efectos del delito de prevaricación administrativa:

"Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva, tales como informes, consultas, dictámenes o diligencias"⁷.

En esa misma línea, la STS 359/2019, de 15 de julio (EDJ 2019/646274), con cita de otra anterior (627/2006), proclama lo siguiente:

"Por resolución ha de entenderse todo acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos. Comprende tanto la realización del derecho objetivo a situaciones concretas o generales, lo que supone que abarca tanto los actos de contenido singular, nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos, como los generales, órdenes y reglamentos con un objeto administrativo. La resolución es la especie respecto del acto administrativo y su sentido técnico aparece en el art. 89 de la Ley 30/92, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (EDL 1992/17271) ". En este artículo se hace referencia a la resolución diciendo que "la resolución que ponga fin al procedimiento

⁷ SSTS 597/2014, de 30 de julio (EDJ 2014/122349), 787/2013, de 23 de octubre (EDJ 2013/214602) y 311/2019, de 14 de junio (EDJ 2019/615709), entre otras muchas.

decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo".

Precisa la STS nº 309/2012, de 12 de abril (EDJ 2012/78206), que:

"Lo esencial es que tenga un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración".

A2.- La jurisprudencia del TS tiene declarado que la jurisdicción penal aborde el entendimiento del precepto con autonomía del Derecho Administrativo (STS 941/2009, de 29 de septiembre (EDJ 2009/216944), y en el ejercicio de esa función nomofiláctica, efectúa algunas precisiones:

- **No puede identificarse la "resolución en asunto administrativo", con "resolución administrativa".**

La resolución administrativa es una especie del acto administrativo, mientras que la resolución en asunto administrativo es más genérica e incluye todo acto decisorio sobre el fondo del asunto, dictado en asunto administrativo, **lo que permitiría incluir, por ejemplo, declaraciones de voluntad bilaterales como los contratos administrativos.**

En este sentido, se pronuncia la STS 277/2018, de 8 de junio (EDJ 2018/93970):

"La doctrina científica más reciente viene dando un paso más allá en el concepto de lo que se entiende por "resolución" en el contexto del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP (EDL 1995/16398) , para entender que el delito de prevaricación no se refiere de modo expreso a resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que, cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo."

- **El presupuesto de que la resolución tenga contenido decisorio, no exige que ponga fin a la vía administrativa ni que concluya el procedimiento.**

En consecuencia, a los efectos que nos ocupan, ha de entenderse como resolución no sólo el acto que pone fin al procedimiento y resuelve definitivamente la cuestión que se ventile, sino también aquellos otros actos que, a pesar de no ser conclusivos, tengan un

contenido material sustantivo de suerte, que resuelvan sobre el fondo en algún aspecto fundamental para la resolución final del procedimiento. Por otra parte, para la consumación del delito no es necesario que se trate de una resolución firme, siendo irrelevante que haya sido confirmada o revocada por el superior jerárquico.

- **El concepto de resolución se extiende a ciertos contratos otorgados en ejecución de una resolución administrativa.**

En la STS 277/2018, de 8 de junio, (EDJ 2018/93970) en relación con un contrato otorgado con posterioridad y en el que se alteraba lo establecido en la resolución administrativa previa, se estimó que existía un nexo indisoluble entre la resolución y el contrato de forma que el otorgamiento de éste constituía la consumación del delito de prevaricación:

"...esta alteración es "vehicular" de la resolución de adjudicación y viene a formar parte de ella, por cuanto viene a constituir un nexo indisoluble de la resolución, de tal manera que la arbitrariedad se consume con la redacción del contrato alterando el contenido del pliego de condiciones que era la base, también, de la resolución en cuanto a los requisitos a cumplir con la empresa adjudicataria, pero que luego se difuminan de forma notable y grosera al modificar de forma radical un elemento tan sustancial en el contrato, como lo es la fecha del inicio de la obligación de pago retrasada, nada menos, que al inicio de la explotación de la concesión".

En parecidos términos se pronuncia la STS 149/2015 de 11 de marzo (EDJ 2015/28163), en la que se consideró que el delito de prevaricación era producto de una acción compleja en la que la resolución administrativa constituía el soporte previo de la acción, y el contrato posterior otorgado en su ejecución, constituía la materialización de lo dispuesto en la resolución:

"Como se ha señalado, la conducta arbitraria se integra por una actuación compleja consistente en contratar caprichosamente, en la que el Decreto de la Alcaldía constituye el soporte administrativo previo y la firma del contrato es la materialización o ejecución de lo acordado "... En la reciente STS 600/2014 del 3 de septiembre (EDJ 2014/149125) , se califica de prevaricación una contratación irregular realizada por una empresa municipal, cuyo capital estaba íntegramente desembolsado por el Ayuntamiento, razonando que "La existencia de resolución administrativa resulta patente con la existencia del acuerdo verbal que motivó el envío de la minuta en el primer caso, con la suscripción de los contratos de consultoría en el segundo caso y con el contrato laboral en el tercero".

- **Excepcionalmente, también pueden tener la consideración de resolución a efectos penales los informes vinculantes.**

En ese marco se pronuncia la STS 359/2019, de 15 de julio (EDJ 2019/646274):

"En cuanto a los informes, el CP prevé expresamente la sanción de su autor en el artículo 320, pero no en el artículo 404, que considera autor solamente a quien dicta la resolución. Aunque excepcionalmente pudieran valorarse como resoluciones cuando son vinculantes y quien dicta la resolución necesariamente actúa condicionado por el sentido del informe y debe ajustarse en un todo a sus términos, sin posibilidad de decidir de forma distinta, en los demás casos, cuando el informe no es vinculante, su existencia, e incluso su carácter convincente, no excluye la responsabilidad de un órgano distinto al informante que es quien debe dictar la resolución, entendida ésta, como dijimos más arriba como una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, o, como resulta de la ley administrativa, antes citada, como un acto que pone fin al procedimiento administrativo, "decidiendo todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquéllas otras derivadas del mismo". No es posible, pues, considerar que un informe no vinculante es equiparable a una resolución".

En este sentido, la STS 163/2019, de 26 de marzo, consideró, como constitutivos de prevaricación, la realización de actos previos tendentes a manipular la voluntad del órgano decisor, **mediante la formulación de proposiciones contrarias a la ley o informes que no responden a la verdad cuando se hace a sabiendas de que el órgano decisor aprobará la propuesta.**

- **Los actos trámite no necesariamente quedan excluidos del concepto de resolución a los efectos de la comisión típica del delito de prevaricación.**

El TS recuerda en STS de 13 de septiembre de 2022, que, si bien, en principio, los actos de trámite quedarían extra muros del concepto de "resolución", se trata de una categoría susceptible de matizaciones por cuanto la propia Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 112 equipara a efectos de recursos administrativos las resoluciones y los actos de trámite, siempre que estos últimos *"deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos"*.

Y, por ello, se afirma:

“Por tanto, la propia Ley 39/2015 distingue entre los distintos actos de trámite y su relevancia y en esa misma dirección esta Sala en la STS163/2019, de 26 de marzo, ha declarado que constituye resolución a efectos penales los actos decisorios del procedimiento siempre que constituyan un eslabón necesario en la cadena instrumental que determina la resolución final, doctrina de especial relevancia en decisiones administrativas adoptadas en procesos de decisión complejos”.

Declara la citada sentencia:

"en el iter que supone el expediente administrativo, y se plasma en la resolución formal final confluyen y concurren determinados actos de relevancia que integran el delito de prevaricación. Y ello, en base a la "eficacia determinante" del acto o informe desplegado, que coadyuva a la decisión final que se dicta "a sabiendas de su injusticia". De esta manera, puede afirmarse que estos actos o informes relevantes se integran en un todo, conformando un tracto sucesivo en la comisión del delito del art. 404 CP (EDL 1995/16398) , de tal manera que suponen, y podrían calificarse como "eslabones de relevancia" en la decisión final, y que son, también, como podríamos denominarles, "decisiones interlocutorias de alto grado y de carácter relevante en la resolución final que se adopta" (FJ 18º) "...se ha explicado con detalle anteriormente el alcance del concepto "resolución" en las operaciones desplegadas por los intervinientes como autores y como cooperadores necesarios por su condición de extraneus. Y los actos desplegados por los autores del delito del art.404 CP (EDL 1995/16398) no son meros "actos de trámite", sino actos concluyentes y relevantes para ser considerados eslabones necesarios en la cadena instrumental para la decisión adoptada por el Pleno del Ayuntamiento que conllevó la aprobación y firma del Convenio de adquisición de los terrenos. Hemos explicado con detalle estas actuaciones de los autores directos y en las que se integran los propietarios de los terrenos como recurrentes, si bien no en su condición de inductores, sino de cooperadores necesarios, con los efectos penológicos que se citan más tarde (FJ 41º).

- **Toda la tramitación de un expediente puede ser prevaricadora cuando el procedimiento ha sido incoado para delinquir, en cuyo caso no todas las decisiones adoptadas durante su desarrollo pueden ser consideradas actos de trámite, debiéndose discriminar en cada caso si las distintas resoluciones adoptadas durante ese desarrollo tienen o no contenido decisorio.**

En este sentido, la SSTS 1051/2013 de 26 de septiembre (EDJ 2013/201210), declara lo siguiente:

"Toda la tramitación del expediente era prevaricadora, porque el expediente fue incoado para delinquir. Por eso, en este contexto, referirse a la corrección del expediente administrativo, que en condiciones de legalidad ha de estar orientado al cumplimiento

de los fines legítimos de la Administración y que en el presente caso se incoó para defraudar, es inaceptable. En ese expediente, como señala la sentencia, la acusada tuvo además una intervención decisiva en varios momentos diferentes. Incluido el momento del cierre, constituido por el Decreto de abono a Video U de las subvenciones concedidas. Normalmente, puesto que el acto resolutivo es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedida de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el thema decidendi. Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como "actos de trámite", lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice."

A3.- En definitiva, conforme a la doctrina del TS, el concepto de resolución al que alude el artículo 404 CP, no se reduce a la decisión que pone fin a un procedimiento administrativo, sino que puede extenderse a actuaciones posteriores que ejecutan la resolución y a actuaciones anteriores de relevancia que hayan sido imprescindibles para adoptar la resolución final, quebrantando los controles establecidos en la ley.

Según declara la ya citada STS de 13 de septiembre de 2022:

“Esa extensión del concepto de resolución a efectos penales tiene su justificación en dos factores:

De un lado, esta Sala ha puesto de relieve en múltiples ocasiones que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (STS 18/2014, de 13 de enero).

El procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, ya que en tales casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente,

para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre (EDJ 2013/197217).

Y, de otro lado, puede ocurrir que la acción prevaricadora se instrumente a través de acciones complejas que se desarrollen mediante un conjunto de decisiones y que todas ellas sean determinantes del resultado final.”

B.- Resolución individual o colectiva.

Las resoluciones se pueden dictar de modo individual o colectivo, en este caso, sólo se considerarán autores a aquellos miembros del órgano que hubieran votado a favor de la resolución. Ello se ha recogido, de modo expreso, en las diversas modalidades especiales de prevaricación (Ej. Art. 320 CP).

C.- Arbitraria e injusta.

C1.- Son diversas las teorías formuladas en orden a establecer un concepto de injusticia a los efectos que nos ocupan, sin embargo, la doctrina mayoritaria atiende a un criterio objetivo. El término injusticia ha de medirse con relación al Ordenamiento Jurídico, de modo que sólo podrá considerarse injusta, a efectos penales, aquella resolución contraria a Derecho.

En este sentido, proclamaba la STS 30 de enero 1996, que: *“Mal podría apreciarse cuando impugnada la resolución administrativa supuestamente injusta ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, el TSJC la ha declarado conforme a derecho, sin que a ello afecte el hecho de que dicha sentencia fuese susceptible de recurso, ya que en cualquier caso queda excluida la injusticia clara y manifiesta que exige este tipo delictivo”.*

C2.- Ahora bien, ello no comporta que todo acto ilegal sea prevaricador; no cabe olvidar que el propio ordenamiento contempla la posibilidad de que la Administración dicte resoluciones nulas o anulables, estableciendo a efectos de su posible subsanación un régimen de recursos.

Por otro lado, la ilegalidad de las resoluciones no comporta especiales problemas en el seno de la actividad reglada de la Administración, pero éstos se incrementan

sensiblemente en el ámbito discrecional, en el que caben diversas soluciones ajustadas a Derecho.

C3.- En cualquier caso, en estos supuestos, deberá concurrir un plus respecto a la mera conciencia de estar actuando ilegalmente, acaso consistente en un manifiesto desprecio hacia el Ordenamiento o en un ánimo de favorecer o perjudicar al destinatario de los efectos de la resolución, al margen de la normativa aplicable, pero en cualquier caso, de difícil concreción, por cuanto el mantenimiento dentro del tipo analizado de una obligada referencia a la injusticia nos aboca, indefectiblemente, a dificultades interpretativas.

C4.- Por lo que respecta a la *arbitrariedad*, ya la STS 12 de mayo de 1997, expresó que:

“El nuevo CP ha querido significar la insuficiencia de la mera ilegalidad, se necesita algo más, y con ese fin ha adjetivado la resolución como arbitraria sin suprimir la injusticia de la misma.”

Según la STS de 23 de abril del mismo año, la calificación de *“arbitraria”* incluida en el art. 404 del CP, *“más que innovar viene a clarificar el tipo objetivo del delito”*, en el sentido de mantener una concepción restrictiva de la resolución injusta que se corresponde con el principio de la intervención mínima del Derecho Penal; y la sentencia del TS de 2 de noviembre de 1999 examina con más detenimiento este concepto, expresando lo siguiente:

“Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación CE y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa”.

La STS núm. 358/2016, de 26 abril, expresa, que:

“se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su instancia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art. 9.3 CE, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa de este modo y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23/5/98; 4/12/98; 766/99, de 18 de mayo; y 2340/2001, de 10 de diciembre). Y en las Sentencias de esta Sala 657/2013, de

15 de julio, y 49/2010, de 4 de febrero, se declara, respecto al delito de prevaricación administrativa, que no basta la contradicción con el derecho.” En este sentido, para que una acción sea calificada como delictiva: “(...) será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, y tales condiciones aparecen cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.”

C5.- La jurisprudencia, en orden a la conformación del concepto de resolución injusta, ha establecido diversos criterios que inciden en los aspectos competenciales, formales y sustantivos de la resolución. Así, se exige para apreciar la injusticia de la resolución, que la infracción:

“desborde de un modo flagrante y clamoroso la legalidad vigente, adentrándose en la esfera de la ilicitud penal” (STS de 16 de mayo de 1992), “una contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico” (STS de 24 de octubre de 1994); “patente, flagrante y clamorosa, y, hasta en expresión de alguna resolución, grosera o esperpéntica” (STS de 3 de marzo de 1997).

C6.- La STS de 25 de mayo de 1992 expresaba como ejemplos de resolución injusta: *“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”.*

D.- Asunto administrativo.

Para la doctrina mayoritaria, la delimitación de *“asunto administrativo”* debe hacerse desde la exigencia de un requisito subjetivo: toda resolución emanada de un funcionario

público en el ejercicio de su cargo; y de otro objetivo: que revista condición administrativa.

La jurisprudencia incluye en tal concepto aquel que objetiva y subjetivamente tenga carácter administrativo.

En este sentido, la STS 259/2015, de 30 de abril (EDJ 2015/68322), expresa, con cita de otros precedentes (STS 941/2009, de 29 de septiembre (EDJ 2009/216944), que por "*asunto administrativo*" no han de entenderse los "*asuntos regidos por el derecho administrativo*", sino "*todos los actos y decisiones realizados por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con exclusión de los actos propiamente jurisdiccionales o legislativos*". También se ha matizado que "*los actos y contratos son los que son en función de su naturaleza y no lo que sea consecuencia de la denominación que reciban*". **Se atiende, pues, al contenido material de los actos, y no a la forma que adopten.**

E.- Posibilidad de comisión omisiva.

El artículo 404 CP no contempla, de forma expresa, la posibilidad de que el delito pueda ser cometido mediante una omisión, por lo que habrá que estar al régimen que, con carácter general, establece el art. 11 CP.

Tal posibilidad, tradicionalmente, había sido denegada de forma mayoritaria por la jurisprudencia, al entender que "*dictar*" una resolución exigía una actuación expresa, pero las SSTS de 29 de octubre 1994, 27 de diciembre de 1995, 28 de octubre de 1993 y 2 de julio de 1997 aceptaron la condena por prevaricación como consecuencia de conductas omisivas.

La cuestión quedó superada con el acuerdo de Pleno no jurisdiccional del TS de 30 de junio de 1997, y la doctrina actual acepta, sin discrepancias, dicha posibilidad, si bien la STS de 23 de octubre de 2013 precisa que la comisión por omisión será únicamente admisible en aquéllos casos especiales en que es imperativo para el funcionario dictar una resolución, y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que la LRJ-PAC "*equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas*".

F.- Tipo subjetivo.

La principal novedad que introdujo el CP de 1995 en la regulación del delito de prevaricación fue la desaparición de la incriminación a título de culpa, cuya existencia había sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina.

En la actualidad, pues, sólo cabe la comisión dolosa, por lo que deberá acreditarse en cada caso concreto la existencia de una clara voluntad encaminada a dictar una resolución de carácter arbitrario e injusto en los términos anteriormente expresados.

Las SSTS 693/2018 y 1021/2013 expresan que dictar una resolución “*a sabiendas de su injusticia*” implica que ésta 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.

La STS de 2 de noviembre de 1999 expresó que la expresión <<a sabiendas>> no sólo elimina del tipo la posibilidad de comisión culposa, sino también, el dolo eventual.

En el mismo sentido se pronuncia, entre otras, la STS de 30 de mayo de 2019:

“el delito de prevaricación no puede cometerse mediante dolo eventual, requiriendo dolo directo (al exigirse actuar a sabiendas de la injusticia de la resolución)”

Finalmente, según la STS de 22 de junio de 2023:

“Señala, también, la mejor doctrina en este punto que dado el carácter que podíamos llamar “intimista” de la locución “a sabiendas de la injusticia” del tipo penal, ha de inferirse necesariamente de los datos objetivos, siendo aquí donde debe entrar en juego el grado de error presumible según también las circunstancias de cada caso y la medida del conocimiento jurídico del sujeto activo de la infracción (STS 30 de noviembre de 1999)”

IV.- EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.

1) El delito de malversación ha experimentado diversas variaciones legislativas durante los últimos años. Así, en primer término, operaba la regulación del Código Penal de 1995, en la división básica entre conductas de apropiación, distracción y aplicación a usos privados de bienes inmuebles.

En virtud de la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, se modificó sustancialmente la descripción típica al regular la malversación por remisión al delito común de administración desleal.

Finalmente, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, se vuelve a la regulación tradicional con algunas modificaciones.

2) Elementos comunes de las distintas modalidades de malversación.

A.- Dentro del Capítulo VII del Título XIX del Código Penal de 1995, se encuentran diversas figuras delictivas agrupadas bajo la rúbrica “*De la malversación*”, que sancionan conductas claramente diferenciadas. Pese a ello, tradicionalmente, doctrina y jurisprudencia no han encontrado obstáculo para establecer unos elementos comunes, a todas ellas. A saber:

- 1) La cualidad de funcionario público del sujeto activo;
- 2) El carácter público de los caudales objeto del delito y
- 3) La existencia de una especial relación entre el funcionario y los caudales.

A1.- Los sujetos activos de los delitos de malversación deben ostentar la condición de autoridad o funcionario público. Ahora bien, este círculo de autoría se restringe en unos casos y, en otros, se amplía.

Se restringe en los supuestos contemplados en los artículos 432 y 433 CP, en los que, además, se exige una especial relación entre el funcionario y los caudales o efectos, consistente en que estén a su cargo por razón de sus funciones.

Se amplía, en el artículo 435, en el que se extienden las disposiciones del capítulo VII del Título XIX a una serie de sujetos que no ostentan la condición de autoridad o funcionario conforme al artículo 24 CP.

A2.- El segundo de los elementos comunes a las distintas modalidades de malversación es el objeto material del delito, esto es, los caudales públicos.

En la acepción que nos interesa, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua nos dice que **caudal** es: <<hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente, dinero>>, mientras que, por **efecto** debe entenderse <<bienes, muebles, enseres>> y por **efectos públicos** <<documentos de crédito emitidos por el Estado, las provincias, los municipios y otras entidades oficiales que han sido reconocidos por el gobierno como negociables en Bolsa.>>.

La doctrina mayoritaria atiende a este sentido literal. Así, es <<caudal>> cualquier objeto o cosa mueble, dinero o efectos negociables, que tengan un valor económico apreciable, mientras que por <<efectos públicos>> deberá entenderse aquellos objetos o bienes (distintos del dinero), igualmente susceptibles de valoración económica, con independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la Administración.

La condición pública de los caudales viene determinada, en principio, por la pertenencia de los bienes a la Administración pública, bajo la que se engloba tanto la Administración en sentido estricto (Estatal, Autonómica, Local), como aquellos otros entes dependientes de la misma (Organismos autónomos y entidades estatales autónomas, etc.).

Los bienes caudales o efectos adquieren carácter público, no sólo cuando efectivamente hayan ingresado en las arcas públicas, sino, según han señalado la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, también cuando, percibidas las cantidades por el funcionario legitimado al efecto, que, como mandatario del ente jurídico y mero servidor de la posesión, es simple instrumento perceptor y transmisor, surge en el ente público un derecho expectante a que se les dé tal destino, suponiéndose integrados los bienes en el patrimonio público a partir de que aquél se hiciera cargo de los mismos.⁸ Ello ha llevado a considerar como caudales públicos, por ejemplo, el dinero percibido por un Administrador de Loterías por la venta de tales billetes⁹ o al importe de las multas percibidas por los agentes encargados por la seguridad en el tráfico¹⁰.

⁸ SSTS 6 de junio de 1986, (Ar. 3114), 29 de febrero de 1988, (Ar. 1354); 11 de mayo de 1990 (Ar. 4627) y, 25 de enero de 1991, (Ar. 360) entre otras muchas.

⁹ STS de 6 de junio de 1989 (Ar. 5562) y 4 de diciembre de 1992, (Ar. 10004).

¹⁰ STS 25 de enero de 1991 (Ar.360); 14 de junio de 1995, (Ar. 4518), entre otras.

Ello encuentra justificación en que la Administración, en cuanto ente o persona jurídica, no puede obrar materialmente ni poseer por sí misma, sino que ha de hacerlo a través de las personas físicas titulares de sus órganos. Desde el momento en que un funcionario recibe una cosa para ser ingresada en el Erario Público -es decir, al ente en cuyo nombre se ejerce la función, que no es el funcionario quien la posee, sino la propia Administración-, tal agente sólo sirve de mediador, de puente provisional en nombre de aquélla y en misión de mero servidor de la posesión.¹¹

A3.- Relación entre los caudales y el funcionario.

El CP 1995 establece, en los artículos 432 y 432 bis , la exigencia de que el funcionario debe guardar con los caudales objeto de apropiación o distracción una determinada relación, que se concreta en que los tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas y el artículo 433 se expresa que el funcionario debe administrar el *patrimonio objeto de la conducta típica*.

3) Las modalidades de malversación.

Como se ha expuesto, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, ha dado nueva redacción a los artículos 432 a 434 del CP, volviendo a la configuración tradicional de dicha figura delictiva.

Además, el Tribunal Supremo ha dictado el Auto de 13 de febrero de 2023, en la Causa Especial núm. 20907/2017, que ha despejado numerosas dudas interpretativas sobre el alcance de dicha reforma, especialmente, en lo que concierne al ámbito de tipicidad del artículo 432 bis del CP.

De conformidad con la Exposición de Motivos de la Ley se establecen tres niveles de malversación: la apreciación de fondos por parte del autor o que éste consienta su

¹¹ En este sentido se pronuncian las SSTS de 22 de febrero de 1995 (Ar.1309);30 de mayo de 1994 (Ar.4066); 27 de mayo de 1993 (Ar.4257); 6 de mayo de 1992 (Ar.4315); 22 de mayo de 1990 (Ar4409) y 10 de octubre de 1989 (Ar.7657).

apropiación por terceras personas (artículo 432 del CP) que integra la conducta más grave y contiene diversas agravaciones en función de la cuantía y otras circunstancias; el ánimo temporal de bienes públicos sin “*ánimus rem sibi habendi*” y con su posterior reintegro (artículo 432 bis del CP), y un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (artículo 433 del CP).

4) Las conductas de apropiación.

La conducta típica del art. 432 Cp admite dos modalidades: activa y en comisión por omisión.

A.- Activa.

La primera se refiere a aquellos supuestos en que la Autoridad o funcionario, con ánimo de lucro, se apropia del patrimonio público que tiene a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas.

Tanto doctrina como jurisprudencia han interpretado, tradicionalmente, la acción de sustraer, en el sentido más amplio y comprensivo de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos apartándolos de su destino, o desviándolos de las necesidades del servicio para hacerlos propios. Así, la conducta típica abarca toda apropiación o disposición definitiva de los caudales, separándolos de su destino con *animus rem sibi habendi*.

En este sentido lo ha entendido la jurisprudencia, que, de ordinario, ha integrado el contenido de las conductas de apropiación mediante su delimitación frente al uso transitorio de los caudales, regulado en el antiguo artículo 396 CP. Así, según la STS 18 de Mayo de 1987 (Ar. 3080), P: Ruiz Vadillo: “*siendo idéntico el elemento objetivo de las dos figuras delictivas: apropiación de caudales o efectos públicos, radica en el elemento psíquico, surgiendo la primera cuando concurre el ánimo de adueñamiento definitivo y la segunda cuando el elemento intencional viene caracterizado por un propósito de apropiación transitorio*”.

En el tipo subjetivo habrá que exigir, en virtud de la redacción del precepto, el ánimo por parte del agente de obtener un lucro para que la conducta sea típica.

B- Comisión por omisión.

Tal modalidad integra aquellos casos en que un funcionario no evita la apropiación por un tercero de aquellos caudales o efectos sobre los que tiene una obligación de custodia en virtud de su cargo y, en lo que se refiere al tipo subjetivo, el sujeto debe actuar, en todo caso, dolosamente, al despenalizar el CP de 1995 la conducta imprudente prevista en el antiguo art. 395 CP. Así pues, no se tipifica una simple dejación del deber de custodia, de signo abstracto, sino finalísticamente dirigida a consentir la sustracción.

En consecuencia, los casos en que el funcionario, por abandono o negligencia inexcusables, ocasione la sustracción por un tercero, deberán entenderse constitutivos de una mera infracción disciplinaria.

5) Conductas de distracción del patrimonio público.

El artículo 432 bis, tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destinare a usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas.

En cualquier caso: *“Si el culpable no reintegrara los mismos elementos del patrimonio público distraídos dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.”*

6) La malversación presupuestaria.

El artículo 433 del CP tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado.

La interpretación y el alcance de dicho precepto ha sido objeto de un intenso debate ya antes de su entrada en vigor. Así, el TS, en el Auto antes referido, entiende que el legislador ha pretendido recuperar el antiguo artículo 397 del CP, pese a las críticas que dicho precepto había suscitado, de manera unívoca en la doctrina, por entender que contrariaba el principio de intervención mínima del Derecho Penal, al tratarse de

infracciones de carácter estrictamente formales de naturaleza presupuestaria que no afectaban al destino público de los caudales.

La resolución del TS invoca la Directiva 2017/1371, de 5 de julio, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal, que incluye en el concepto de malversación, la utilización de activos de forma contraria a los fines para los que estaban previstos. Además, concluye que no puede aceptar que el artículo 433 del CP opere como un tipo atenuado por el simple hecho de que el destino de los fondos públicos se presente como una decisión emanada de la autoridad o funcionario con capacidad para administrar esos fondos y, por tanto, decidir su aplicación, por lo que *“no bastará que la decisión desleal haya sido revestida con las formalidades que acompañan a los actos administrativos y que aquélla sea adoptada por el órgano competente.”*

7) La falsificación de documentación con idoneidad para causar perjuicio al patrimonio público.

La última reforma de la malversación introdujo, con carácter novedoso, el art. 433 bis que tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos o facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma

8) La reparación del daño.

Finalmente, el artículo 434 introduce *ex novo* una reducción de pena imperativa, muy cualificada, en el supuesto de reparación:

“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público antes del inicio del juicio oral, o hubiera colaborado activa y eficazmente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados”.

V.- EL DELITO DE FRAUDE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1) Tipificación.

El CP lo prevé en su artículo 436:

“La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.”

2) El bien jurídico tutelado.

En términos generales, la figura delictiva del art. 436 CP pretende evitar la causación de un perjuicio económico a la Administración por parte de un funcionario. En concreto, la conducta tipificada es la realización de acciones defraudatorias que ponen en riesgo el patrimonio público, en la que existe un acuerdo entre funcionario y particular que persigue causar un perjuicio a la Administración.

En consecuencia, se entiende que el bien jurídico protegido del tipo es *“el acervo público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas”*¹², no obstante, la jurisprudencia lo identifica como *“la transparencia y publicidad de la contratación de los entes públicos”*¹³, diferenciándolo así de la malversación.

¹² Vid. MORALES PRATS, Fermín; y RODRÍGUEZ PUERTA, María José. Pág. 1788.

¹³ Vid. STS 28 de febrero de 2014 [RJ 2014, 2103].

3) Sujetos activos.

La definición de la conducta típica hace referencia a dos sujetos que se ponen de acuerdo para defraudar a la Administración, esto es el funcionario y un particular, los cuales responden con la misma pena, si bien cada uno desempeñando un “papel” distinto.

En este contexto, será autor, desde el punto de vista de la Administración, la autoridad o funcionario público que tenga competencia para intervenir, por razón de su cargo, en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidación de efectos o haberes públicos.

4) Elementos típicos.

Conforme a lo establecido por la STS de 29 de octubre de 2004¹⁴, los elementos típicos del delito -que van a ser objeto de desarrollo más adelante-, son¹⁵:

- a) El funcionario público o autoridad que interviene en el hecho, en el ejercicio de sus funciones, como sujeto activo;
- b) Intervención del funcionario o autoridad que tiene lugar en una de las materias relacionadas;
- c) El núcleo de la conducta típica consiste en concertarse con los interesados o en usar cualquier otro artificio;
- d) Las acciones deben llevarse a cabo con el fin de defraudar a cualquier ente público.

A.- La primera de las conductas tipificadas bajo el delito de fraude a la Administración Pública consiste en concertarse con los interesados para defraudar a un ente público, que precisamente equivale a un acuerdo entre el funcionario e interesado¹⁶, lo que permite entender que se trata de un delito de participación necesaria, en que ambos sujetos se conciertan para la obtención de una misma finalidad.

¹⁴ Siguiendo la misma línea las STSS de 21 de octubre de 1996 y de 7 de mayo de 1997.

¹⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (coord.); ANTÓN VIVES, T.S. et. al. (2016). *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 671.

¹⁶ Las STS 2 de febrero 1994 [RJ 1994, 759]; STS 16 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1176], y STS 28 septiembre de 2013 [RJ 2014, 1832] se pronuncian en este sentido.

Así, será punible la conducta cuando un funcionario público, de forma dolosa, pacte con los interesados un contrato o liquidación de bienes públicos en detrimento de la Administración. Tal pacto puede tener naturaleza muy diversa, pues según ha ido señalando la jurisprudencia, el acuerdo puede versar sobre una permuta con un ayuntamiento de terrenos agrícolas por un valor excesivo (SAP Málaga 7 de noviembre de 2014 [ARP 2014, 1388]), o sobre la devolución indebida de un impuesto (SAP Alicante 28 de octubre de 2013 [ARP 2013, 1341]).

B.- Por otro lado, la segunda conducta se basa en usar cualquier otra clase de artificios con idéntica finalidad a la anterior, esto es para defraudar a cualquier ente público.

En definitiva, tal como señala la STS 627/2019, de 18 de diciembre de 2019, la tipicidad en el delito de fraude a la Administración se alcanza con *“la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de artificios con la finalidad de llevarlo a cabo”*.

C.- La conducta típica no requiere la producción de un resultado concreto en perjuicio de la Administración.

El delito del artículo 436 CP es una figura de mera actividad, que se consuma por el mero hecho de concertarse para defraudar a cualquier ente público, sin precisar, por tanto, la efectiva causación de un perjuicio ni la obtención de ventaja por parte del funcionario.

En consecuencia, nos encontramos ante un delito de resultado cortado, precisando la concurrencia de la efectiva intención de defraudar a la Administración Pública por parte del sujeto activo, **pero no siendo necesaria la causación del resultado concreto** (CASTRO MORENO, JAREÑO LEAL)¹⁷.

Ciertamente el delito viene a castigar verdaderos actos preparatorios, ya que no necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial, ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude, bastando el simple acuerdo entre funcionario e interesados, o la utilización de cualquier artificio con la finalidad de llevarlo a cabo.

Lo anterior queda estrechamente vinculado con la idea del bien jurídico protegido por el tipo -que es precisamente la transparencia y publicidad de la contratación de entes

¹⁷ MORALES PRATS, Fermín; y RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *op. cit.* Pág. 1791.

públicos-, pues lo que permite apreciar la efectiva comisión del delito es la persecución, el dolo o la intención de defraudar como elemento subjetivo del injusto, **de modo que lo relevante es la finalidad pretendida y el riesgo generado.**

Así lo recuerda la ya citada STS 627/2019 de 18 de diciembre:

“La tipicidad exige la connivencia o el uso de un artificio para defraudar a la administración, y no es preciso la existencia de un concreto perjuicio, sino su persecución por parte de los funcionarios públicos, encargados de un proceso de contratación pública que se conciertan con interesados en la actuación administrativa. Se trata de una finalidad perseguida, un elemento subjetivo del injusto que es identificado con la preposición “para”, describiendo la finalidad pretendida”.

En líneas similares establece la STS 362/2018, de 18 de julio, que, para apreciar el tipo, no es necesario *“que el funcionario se haya enriquecido personalmente, ni que la administración correspondiente haya sido sujeto pasivo de una acción que le haya dañado efectivamente su patrimonio. El delito, por el contrario, se consuma por el quebrantamiento de los deberes especiales que incumben al funcionario, generando un peligro para el patrimonio de la entidad pública. Se trata de un delito que protege tanto el lícito desempeño en la función pública como el patrimonio público frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar al mismo”.*

D.- Elemento subjetivo.

Conforme a lo expuesto, lo que se exige para apreciar la consumación del delito es el dolo o intención de defraudar a la Administración.

En este sentido, se pronuncia la STS 402/2019, concretando:

“Si bien estima suficiente para entender cometido un delito de fraude, desde la perspectiva del elemento objetivo, que haya un riesgo de que se ocasione un perjuicio económico para la Administración derivado de la forma ilegal en que se hace la adjudicación de un contrato sin pasar por el procedimiento de licitación pública, lo cierto es que, al margen de ese requisito objetivo, también se exige el subjetivo de que la adjudicación ilegal se haga con el propósito de defraudar a la administración. De modo que cuando ese propósito no consta probado, sino que solo se prueba la intención de favorecer a una determinada persona o empresa mediante un sistema restringido de adjudicación sin buscar un perjuicio económico para el ente público, la conducta no resultaría punible”.

VI.- EL DELITO DE DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD JUDICIAL

1) Finalmente, el examen de las posibles consecuencias jurídico-penales de los comportamientos de los cargos públicos, especialmente en su aspecto omisivo nos obliga a examinar el art. 410.1 del Código Penal, que tipifica entre los delitos contra la Administración Pública el delito de desobediencia a resoluciones judiciales u órdenes de la autoridad superior, que cometen las autoridades o funcionarios públicos que: “*se nieguen abiertamente a cumplir debidamente resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de la respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales.*”

2) La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo, en la exégesis de dicho precepto, ha exigido para la concurrencia del delito:

- Una resolución judicial que incorpore un mandato preciso y singular dirigido al obligado u obligados.
- La negativa patente e inequívoca a dar cumplimiento al mandato recibido.
- La exigencia de un requerimiento previo, concreto y personal dirigido a la autoridad o funcionario público (por todas, STS 8/2010, de 20 de enero).

3) Así, en primer lugar, las sentencias del Tribunal Supremo del 20 de enero y 18 de febrero de 2010, señalan que la comisión del delito requiere la existencia de una orden con carácter “*expreso, terminante y claro*”

La jurisprudencia mayoritaria ha entendido que la lesión del bien jurídico, en suficiente entidad para superar el carácter fragmentario del Derecho Penal, requiere el desacato reiterado a diversas resoluciones de la autoridad judicial.

Son claros ejemplos de dicha doctrina jurisprudencial la STS 485/2002, 14 de junio, que requería, como elemento típico una “*palpable y reiterada negativa a obedecer*”; la STS 8/2010 que exige la constatación de “*una oposición tenaz, contumaz y rebelde*” para apreciar el presente delito o la STS 80/2006, de 6 de febrero, que, con claridad y contundencia advertía que la consumación del delito: “*se produce no por un mero e inicial disentimiento o incumplimiento de una resolución judicial que se recurre sino por la reiterada y abierta negativa a cumplir lo acordado por los órganos judiciales y,*

especialmente, la sentencia de 6 de junio de 1997”.

4) También se ha expresado que la existencia de un requerimiento previo constituye un requisito *sine qua non* para la tipicidad de la conducta. Así, el auto del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2013 (recurso 20052/2012) estableció que no todo incumplimiento de una resolución judicial integra el delito de desobediencia, sino que requiere la existencia de *"una orden expresa que sea desobedecida"* (con cita de la STS 54/2008, de 8 de abril) y una *"negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca"*. En el mismo sentido, el auto de 14 de septiembre de 2010 (recurso núm. 20407/2010) concluye que no se presenta el delito de desobediencia a la autoridad judicial porque *"no consta en las actuaciones que algunos de los querellados hubieran sido requeridos al efecto de que cumplimentaran la sentencia dictada por la Audiencia Nacional y que se negaran a cumplirla. No figuran en las actuaciones, por lo tanto, los datos objetivos y subjetivos imprescindibles que permitan apreciar los indicios del delito de desobediencia"*.

Igualmente se pronuncian los autos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 5/2012, de 13 de enero y 102/2011, de 14 de octubre, que exigen para la concurrencia de este tipo la existencia de un requerimiento *"expreso, con el apercibimiento correspondiente"*; y la núm. 51/2010, de 14 de julio, que invoca las sentencias del Tribunal Supremo del 20 de enero y 18 de febrero de 2010, para señalar que la comisión del delito requiere la existencia de una orden con carácter *"expreso, terminante y claro y la manifiesta oposición al cumplimiento de su destinatario, tras ser formal y debidamente requerido para ello con el apercibimiento expreso correspondiente."*

Y el ATS 6-5- 2013 puntualiza que:

"La responsabilidad penal sólo puede afirmarse de aquella actitud renuente al acatamiento de la resolución judicial que, además, colma los elementos del tipo objetivo y subjetivo descritos en el art. 410.1 del CP (STS 54/2008, 8 de abril). También hemos puntualizado que este delito requiere la existencia de una orden expresa que sea desobedecida (STS 8/2010, 20 de enero) y que la palabra "abiertamente" ha de ser identificada con la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (SSTS 54/2008, 8 de abril y 263/2001, 24 de febrero)" y destacaba que en el supuesto analizada no había *"requerimiento previo, directo e individualizado."*

Sin embargo, SSTS 111/2017 y 702/2018, por las que se condenó por desobediencia a las autoridades responsables de la organización y ejecución de la consulta del 9-N de 2014, estimaron innecesarios los requisitos de notificación personal y advertencia previa para la concurrencia del delito bajo la siguiente argumentación:

“La tesis de que sin notificación y sin requerimiento personales el delito de desobediencia previsto en el art. 410 del CP no llega a cometerse obliga a importantes matices. En efecto, es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de desobediencia se imputa a un particular (cfr. arts. 556, 348.4.c, 616 q_u_át_e_r_CP), el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular. Sólo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento. Sin embargo, en aquellas otras ocasiones en las que el mandato está incluido en una resolución judicial o en una decisión u orden de la autoridad superior (cfr. art. 410.1 CP) y se dirige, no a un particular, sino a una autoridad o funcionario público, la exigencia de notificación personal del requerimiento ha de ser necesariamente modulada. Lo decisivo en tales casos es que la falta de acatamiento, ya sea a título individual por el funcionario concernido, ya como integrante del órgano colegiado en el que aquél se integra, sea la expresión de una contumaz rebeldía frente a lo ordenado. Lo verdaderamente decisivo es que el funcionario o la autoridad a la que se dirige el mandato tenga conocimiento de su existencia y, sobre todo, del deber de acatamiento que le incumbe.”

VII.- EL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO DEL DERECHO PENAL Y SUS CONSECUENCIAS EN LA APLICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1) Uno de los más relevantes principios configuradores del marco de aplicación del Derecho Penal es el de intervención mínima y el carácter de subsidiariedad que debe presidir su aplicación. Ello conlleva la necesidad de reconducir a otros mecanismos reparadores menos lesivos aquellos supuestos en los que la afectación de un bien jurídico es de escasa importancia, insuficiente para apreciar la lesividad que requiere la intervención del Derecho Penal.

2) Dicho principio ha sido ampliamente analizado por la doctrina de forma reiterada y pacífica. En especial, destaca por su claridad SILVA SÁNCHEZ cuando afirma que *“debe prescindirse de la conminación y sanción penal siempre que, en el caso de que se trate, quepa esperar similares (o superiores) efectos preventivos de la intervención de medios menos lesivos, como, por ejemplo, medidas estatales de política social, sanciones propias del Derecho civil ...”*, para posteriormente concluir que, aun cuando una conducta se dirija contra un bien jurídico merecedor de tutela penal, no debe ser castigada si *“no se trata de una forma de ataque tan grave como para requerir tipificación penal”*¹⁸.

3) Se trata de un principio consagrado y recogido, igualmente, de forma constante por la jurisprudencia; sirva de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 363/2006, de 28 de marzo:

“supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS 3.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús, “Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, págs. 247 y 286.

prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Al ser un derecho subsidiario que, como última ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal."

En la misma línea, la STS núm. 7/2002 de 19 de enero, define también el principio de ultima ratio con la siguiente redacción:

"Hay que decir, ante todo, que el llamado por la doctrina principio de intervención mínima no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él. Reducir la intervención del derecho penal, como última «ratio», al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos –los llamados «delitos bagatelas» o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social– pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos".

En idéntico sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal, entre muchas otras, en las SSTS núm. 203/2006, de 28 de febrero; 363/2006, de 28 de marzo; 812/2011, de 21 de julio; 105/2017, de 21 de febrero; 654/2019, de 8 de enero de 2020.

4) El principio de última ratio es, por tanto, un principio absolutamente consolidado en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que sigue siendo objeto de aplicación en sus más recientes resoluciones. La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 507/2020, de 14 de octubre, es un evidente ejemplo reciente de la supervivencia de este principio:

“El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala Segunda, al declarar que "el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el ius puniendo debe constituir la última ratio sancionadora”.

5) La Sentencia del Tribunal Constitucional 24/04 de 24 de febrero, recuerda la necesidad de atender, en la interpretación de las figuras delictivas, a los principios generales limitadores del *ius puniendi*, que excluyen la existencia de ilícitos penales meramente formales que penalicen el incumplimiento de un mandato administrativo; es necesario atender, en todo caso, al bien jurídico frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. En virtud del carácter de última ratio, que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo, las conductas más graves e intolerables, pues de lo contrario, el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.

En definitiva, el principio de intervención mínima del Derecho Penal, si bien es un valor supremo que cobra una especial importancia para el legislador - que solamente puede encuadrar dentro del ámbito penal los ataques más graves - también debe ser objeto de aplicación en la esfera jurisdiccional y, más concretamente, en el ámbito de la interpretación normativa, ya que, en la medida que dicho principio solamente permite encuadrar dentro del plano penal los ataques más graves, únicamente las conductas susceptibles de integrarse en un precepto penal pueden ser constitutivas de una infracción con dicha naturaleza, sin que pueda efectuarse una interpretación extensiva, ni mucho menos análoga, en aplicación de la norma penal.

Esta es la tesis sostenida por nuestro Alto Tribunal en sus resoluciones más recientes. En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo núm. 720/2020, de 15 de octubre, desarrolla la tesis más arriba expresada, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia de esta Sala (vid. STS 691/2019, de 11 de marzo (EDJ 2020/554431)) ha recordado, en numerosos casos, que el principio de intervención mínima comporta que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. La apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, como consecuencia misma de los principios de proporcionalidad o de prohibición del exceso. Se convierte así el derecho penal en un derecho fragmentario, en cuanto que no protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose además la tutela frente a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a los bienes que son objeto de protección.

Pero si el principio de intervención mínima orienta al legislador a la hora de ordenar los instrumentos de protección de los distintos bienes jurídicos, es el principio de legalidad el que rige la actuación de jueces y tribunales (SSTS. 670/2006 de 21 de junio (EDJ 2006/278393) y 313/2006 de 28 de marzo). Orientado el legislador por el principio de fragmentariedad del derecho penal, solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza, sin que sea dable incorporar a la tarea exegética, ni la interpretación extensiva, ni menos aún, la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal.

Por su parte, el principio de legalidad supone excluir aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal, con la única influencia por parte del principio de intervención mínima de que solo en aquellos casos en los que los términos del legislador no fueron claros, el principio legislativo se transforma en un criterio judicial de interpretación al conocer el juez que la opción normativa del legislador hubo de ser la de menor expansividad penal, de entre las distintas opciones que posibiliten la protección penal que inspiró la norma”.

6) Por otra parte, debemos señalar que el principio de intervención mínima juega un papel especialmente destacado en el ámbito donde el Derecho Penal y el Derecho Administrativo confluyen. En estos casos, conforme a lo expuesto, únicamente los ataques más graves al bien jurídico que se protege podrán ser sancionados penalmente, mientras que el resto, tendrán que ser reparados conforme a las medidas previstas por el Derecho Administrativo.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 663/2005, de 23 de mayo, donde se hace referencia a diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, señalaba lo siguiente:

“La coordinación de las medidas administrativas y penales para la protección de los diversos bienes jurídicos, descansa en una relación de complementariedad para su mejor tutela, ocupando cada una de ellas un lugar específico: al derecho administrativo le corresponde de desempeñar un papel preventivo e incluso sancionador de primer grado, aplicable a aquellas conductas del sujeto activo que consistan en una desobediencia de la norma reguladora del ámbito de actividad contemplado, y el Derecho Penal, conforme al principio de intervención mínima, queda reservado al supuesto de las infracciones más graves desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico protegido.”

La STC 24/04 de recuerda la necesidad de atender en la interpretación de las figuras delictivas a los principios generales limitadores del ius puniendi, que excluyen la existencia de ilícitos penales meramente formales que penalicen el incumplimiento de un mandato administrativo; es necesario atender en todo caso al bien jurídico frente a conductas que revelen una especialidad potencialidad lesiva para el mismo. En virtud del carácter de última ratio, que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, solo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.”

En parecidos términos, se pronunciaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, núm. 18/12, de 19 de marzo:

“El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. 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.”

7) **A.-** La expresada doctrina ha sido aplicada, en reiteradas ocasiones, para negar la calificación de prevaricadoras de meras irregularidades administrativas. Ya la STS de 20 noviembre 1995 expresaba que:

“No podemos trasladar al campo del derecho penal toda irregularidad administrativa porque ello nos llevaría a una exacerbación del derecho punitivo proyectándolo indiscriminadamente sobre todas las áreas de la actividad administrativa, invadiendo parcelas primariamente reservadas a su específica normativa que tiene resortes, como ya se ha dicho, para corregir actos o resoluciones no ajustados a la legalidad, reconduciendo el conflicto a la vía judicial del orden contencioso-administrativo. Sólo como última razón debe intervenir el derecho penal cuando la decisión sea insoportable para la armonía del sistema jurídico y contravenga de modo flagrante, disparatada o absurda la normativa reguladora de la actividad administrativa introduciendo un factor de distorsión tan irregular que merezca su corrección por la vía del derecho sancionador penal.”

B.- Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002 , entre otras):

" el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona..."

Resulta destacable, en este sentido, la de 30 de mayo de 2019, que, de manera taxativa declaraba que:

“La jurisdicción penal no puede convertirse en una suerte de jurisdicción de control de la actividad administrativa de los servicios públicos, suplantando a la jurisdicción contencioso-administrativa. Únicamente cuando se constaten, más allá de toda duda razonable, los elementos del tipo, puede procederse a sancionar penalmente los hechos. De manera que cualquier duda sobre la legalidad de la actuación administrativa, así como el conocimiento de la acción (u omisión) por parte del agente, debe operar la absolución del acusado, conforme al principio "in dubio pro reo". El control ordinario de la actuación pública reside en los tribunales del orden contencioso-administrativo.”

En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29ª), en su Sentencia de 29 de septiembre de 2019, haciendo referencia a consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, declara lo siguiente:

“El delito de prevaricación administrativa requiere, como elementos, la cualidad de funcionario público o autoridad del sujeto activo y el dictado de una resolución injusta y arbitraria en materia administrativa. El Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de diciembre de 2003 se remite a las sentencias 331/2003, de 5 de marzo y 1015/2002, de 31 de mayo, en las cuales se afirmaba que 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 social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal, con referencia, a su vez a las Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, la cual afirmaba: “no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria”. El Tribunal Supremo deja claro que no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última ratio. El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.”

VIII.- LA PREVENCIÓN DEL RIESGO PENAL.

1) Constatado que el desempeño por un cargo público de sus responsabilidades lleva implícito el riesgo de verse sometido a un proceso penal, pese a actuar conforme a la Ley, conviene analizar los mecanismos preventivos para evitar dicha situación o atenuar sus efectos

2) En este sentido, son especialmente relevantes que en el seno de la organización administrativa se hayan implementado programas de cumplimiento normativo, Códigos éticos, Planes Antifraude y canales de denuncias.

3) Los sistemas de integridad institucional tienen como objetivo la prevención de delitos o malas prácticas. Por ello la difusión de los Códigos Éticos y la formación de los empleados públicos resulta fundamental.

- El sistema tiende a conformar y preservar la integridad institucional.
- Prevé CANALES DE DENUNCIAS, lo que facilita el conocimiento y subsanación de irregularidades en el seno de la institución.
- Y se establece un ÓRGANO DE VIGILANCIA: Comisión Ética.

4) Ya hace tiempo que el ordenamiento jurídico permite instaurar Códigos de conducta, publicar las agendas de los cargos públicos, controlar la aplicación de los recursos financieros y aplicar códigos disciplinarios.

A todo ello se ha añadido la obligación de contar con un **Plan Antifraude**, para todas las entidades que perciban fondos en ejecución del PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN y RESILIENCIA , (PRTR) (Orden HFP/1030/2021 , de 29 de septiembre), en el que son de aplicación las definiciones de fraude, corrupción y conflicto de intereses recogidas en la Directiva (UE) 2017/1371, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la UE y en el Reglamento de la UE (EURATOM) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la UE.

5) Cabe recordar, igualmente, que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector público, establece, en su artículo 64, la obligación de que se adopten las medidas

adecuadas para luchar contra el fraude y la corrupción y prevenir los conflictos de intereses en los procesos de licitación.

6) A todo ello, se añade la irrupción de la obligatoriedad de los canales de denuncia por entidades públicas y privadas: en virtud de la Directiva (UE) 2019/1937, obligación que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento interno con la aprobación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción que supone la obligación para la práctica totalidad de entidades del sector público y privado español de implementar canales de denuncia, que la norma denomina “sistemas internos de información”.

7) Por lo tanto, existen numerosos mecanismos para articular sistemas preventivos que fomenten la adopción de buenas prácticas, la integridad institucional, y la prevención de la corrupción, lo que, de un lado, disminuirá considerablemente el riesgo de un proceso penal vinculado a la actividad de la Administración o, cuando menos, permitirá acotar los daños e individualizar responsabilidades.

IX.- LA DEFENSA PENAL DEL CARGO PÚBLICO.

1) Primeras actuaciones.

A.- Según hemos avanzado al inicio de la presente ponencia, existen muchísimos ámbitos vinculados al ejercicio de funciones públicas que pueden desembocar en una investigación de la Fiscalía o los Juzgado de lo Penal: otorgamiento de licencias, contratación pública, medio ambiente, etc.

A su vez, tales investigaciones pueden tener su origen en denuncias o querellas de particulares o actuaciones, de oficio, de los Poderes Públicos.

El conocimiento de tales actuaciones por el afectado también puede ser diverso y determinará un distinto grado de capacidad de reacción.

Así, si se recibe una notificación de la Fiscalía o el Juzgado, para prestar declaración, en calidad de investigado, por parte de algún cargo público ello permitirá personarse en las actuaciones, tomar conocimiento del objeto de la acusación y de la documentación

obrante en Autos y preparar, con la debida antelación, un relato de respuesta sustentado con la documentación pertinente.

B.- Habitualmente, las acciones penales vinculadas a actuaciones administrativas suelen ser complejas, tanto en lo que se refiere a la existencia de multiplicidad de expedientes administrativos e, incluso procedimientos contencioso-administrativos vinculados al objeto de la acusación como, en lo que se refiere a la dificultad de conocer e interpretar la normativa de aplicación. Por ello, resulta conveniente, con carácter previo a la declaración, formular un escrito de alegaciones en las que puede desarrollarse de manera ordenada, exhaustiva y pausada, la tesis de defensa y aportar la documentación de soporte, lo cual es muy difícil alcanzar en el marco de una declaración judicial oral y facilitará, sensiblemente, la posición del declarante al tener la oportunidad de remitirse a dichas alegaciones previas en respuesta a las preguntas que le sean realizadas.

C.- En cualquier caso, el deber de colaboración con la Administración de Justicia no obsta a la aplicación, también en la declaración de los cargos públicos, de su derecho a no declarar o declarar tan sólo a las preguntas del Juez o de alguna de las partes o a contestar tan sólo algunas preguntas. (art. 118.1 g) LECr). En este sentido, especialmente, no debe suponer una mancha a la credibilidad del declarante el negarse a la contestar a la acusación particular, caso de existir, ya que cabe esperar de la misma un interrogatorio especialmente agresivo y tendente a una interpretación subjetiva de las actuaciones administrativas examinadas.

D.- La situación varía radicalmente cuando nos encontremos ante unas actuaciones declaradas secretas que, normalmente se conocen con la formalización de una entrada y registro, en la sede del ente público y/o domicilios particulares, normalmente acompañada por detenciones y la inmediata difusión por los medios de comunicación.

En este caso, naturalmente, los afectados tienen derecho a la presencia de su defensa letrada, que deberá examinar, en primer lugar el ámbito y alcance de la autorización de entrada en domicilio y de la documentación y dispositivos cuya intervención se permite.

En lo que se refiere al posible interrogatorio policial, e incluso judicial, independientemente de que no se tenga conciencia de haber cometido irregularidad alguna, la regla de oro es la de NO PRESTAR DECLARACIÓN EN EL MARCO DE UNAS ACTUACIONES SECRETAS. Resulta evidente que, si no conocemos el origen

del procedimiento, el objeto de la investigación, ni las diligencias practicadas el derecho de defensa resulta tremendamente mermado, por lo que la más elemental prudencia aconseja no formular manifestación alguna hasta conocer todos esos extremos.

2) La gestión de la comunicación.

La defensa en el proceso penal, como ya hemos expresado en otras ocasiones, debe ir pareja a la gestión de la comunicación desde la organización:

- Debe recabarse información exhaustiva sobre el asunto o asuntos objeto de investigación.
- No reaccionar ante información incompleta.
- No formalizar declaraciones o adoptar decisiones precipitadas.
- No precipitar mensajes en redes sociales.
- No transmitir información no contrastada.
- Concentrar el mensaje y actuar a través de un solo portavoz.

En esta materia debemos tener claras que habrá determinadas consecuencias inevitables, por lo que deberá adaptarse la estrategia y actuación a las mismas:

- La noticia tendrá repercusión rápida en medios tradicionales y digitales.
- No podremos controlar su difusión.
- Si una noticia es falsa o inexacta, también se difundirá.
- Las amenazas de querellas no son efectivas.
- Los mensajes positivos no son noticia.
- Habrá una progresiva pérdida de atención de los medios de comunicación.

Debe diseñarse una estrategia comunicación y no actuar con improvisación o a trompicones. A tal efecto debe diagnosticarse el problema, contemplar el peor escenario, establecer unos objetivos y adecuar todas las acciones previstas a su consecución. De lo contrario, ello podría comportar consecuencias negativas para la defensa de los implicados.

3) Desarrollo del proceso penal.

A.- Pese a las distintas reformas de la LECr., de los últimos tiempos, lo habitual que la instrucción de procedimientos penales vinculadas a actuaciones administrativas no suele ser rápida, especialmente si se investigan múltiples expedientes y personas bajo el prisma de una posible corrupción. Por ello, debe tenerse claro que no es, normalmente, fácil, ni rápido, obtener un sobreseimiento y archivo de las actuaciones por más que se justifique la inexistencia irregularidades y conviene esperar a solicitar tal decisión cuando se haya practicado la suficiente actividad instructora.

B.- Una de las cuestiones que suscita mayor controversia en la estrategia de defensa en estas situaciones es si todos los afectados deben tener una misma asistencia letrada, o si, por el contrario, es conveniente contar con defensas separadas.

A favor de la primera opción estaría el garantizar una defensa común que siga una misma estrategia, evitar la aparición de algún elemento inexperto o descontrolado o con afán de protagonismo, y evitar desconfianzas, especialmente de los eslabones inferiores de la organización que puedan sentir que son abandonados a su suerte.

Si no existen evidentes conflictos de intereses es, por tanto, la mejor opción. Permite construir un solo relato y en el caso de que en el futuro se susciten posible conflictos o incompatibilidades siempre se pueden separar las defensas.

En cualquier caso, si la defensa no es común, si debería ser, en la medida de lo posible, estar coordinada.

C.- En lo que se refiere a la declaración del investigado, sin perjuicio de lo ya expuesto debe tenerse claro que la declaración en fase de instrucción no tiene el mismo peso que fase de juicio oral y que, en este tipo de procedimientos, normalmente, tendrá mucho más peso, en el criterio del Juez Instructor las alegaciones que se puedan hacer por escrito, sustentadas por documentos o periciales que las manifestaciones de investigados y testigos.

Por ello conviene una cierta contención en las manifestaciones, en orden en no incurrir en errores o contradicciones y ceñirse al relato de los hechos previamente establecido y acorde con la documentación de soporte. Además, debe olvidarse que el último turno de

intervención es el de la propia defensa, por lo que habrá ocasión de formular las oportunas correcciones o aclaraciones y/o completar la información facilitada.

D.- Por último, sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, en lo que se refiere a respetar los tiempos procesales y esperar a la “maduración” de la instrucción, la defensa debe ser especialmente activa en procedimientos como el que nos ocupa, aportando prueba y facilitando argumentos jurídicos de carácter penal, pero sobre todo administrativo, que permita invocar el principio de ultima ratio del Derecho Penal y la falta de indicios de criminalidad en las actuaciones administrativas examinadas en orden a conseguir el sobreseimiento de las actuaciones y evitar que el procedimiento llegue a Juicio Oral.

4) Acompañamiento personal.

El verse sometido a un proceso penal tiene unos efectos sobre la persona investigada que nada tienen que ver con los derivados de ser parte en un proceso ante cualquier otra jurisdicción.

La experiencia nos demuestra que, a menudo, el afectado, que puede ser un extraordinario líder, con conocimientos específicos y capacidad de gestión, se encuentra absolutamente perdido y, muchas veces en estado de shock, en un proceso de estas características, especialmente en aquellos casos en que no se tiene consciencia de haber actuado mal, por lo que se percibe la situación padecida como tremendamente injusta.

Resulta, por tanto, conveniente que la persona se sienta acompañada, describirle la situación y sus posibles consecuencias, con objetividad, pero sin alarmismos y hacerle participar en su solución y el trabajo de defensa, articulando mecanismos (con asistencia psicológica de ser preciso) para que el proceso le provoque el menor desgaste posible.

5) Los costes de la defensa jurídica.

En lo que se refiere a la posibilidad de que el ente público asuma el coste de la defensa jurídico-penal del cargo electo investigado, si bien la jurisprudencia pasó por una fase vacilante, con resoluciones contradictorias en la actualidad ello está claramente admitido.

Así, la SJTCU en S de 1 de marzo de 2022, declara que:

Los gastos de defensa y representación de los funcionarios y cargos públicos de la Administración Local, siempre que sean consecuencia de su imputación en procesos penales por causas derivadas del ejercicio de las funciones propias del cargo o puesto de trabajo, pueden ser considerados como gastos indemnizables por la Corporación local a la que pertenezcan.

En parecidos términos se había pronunciado ya el TS en S de 4 de febrero de 2002:

“[...] Tratándose de gastos de representación y defensa en un proceso penal, la Corporación puede, en uso de la autonomía local, considerarlos como indemnizables a título de gastos ocasionados en el ejercicio del cargo, siempre que no concurren circunstancias que obliguen a calificarlos como gastos realizados en interés propio o a favor de intereses ajenos al general de la entidad local. Para ello es necesario que se cumplan las siguientes exigencias:

a) Que hayan sido motivados por una inculpación que tenga su origen o causa directa en la intervención del miembro de la Corporación en una actuación administrativa o de otra índole realizada en el cumplimiento de las funciones atribuidas por las disposiciones aplicables a su actividad como tal miembro de la Corporación o en cumplimiento o desarrollo de acuerdos de los órganos de ésta. Estos gastos deben entenderse, en principio, que se trata de gastos generados con ocasión del ejercicio de sus funciones, pues la causa remota de la imputación penal radica en una conducta de estas características.

b) Que dicha intervención no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder o en convergencia con intereses particulares propios de los interesados o del grupo político o de otra índole al que pertenecen susceptibles de ser discernidos de los intereses de la Corporación, pues en tal caso la actuación no puede considerarse como propia del ejercicio de la función, sino como realizada en interés particular, aunque externa o formalmente no sea así.

c) Que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de éstos o su carácter lícito [...]”

Por dicho motivo, se admite el abono de provisiones de fondos y facturas de letrados, dejando siempre a salvo del derecho de repetición que ostenta la Administración el Ayuntamiento para el caso de que se dicte sentencia condenatoria.