
Responsabilidad penal y Ayuntamientos

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
*Fiscal (Sección de Medio Ambiente y
Urbanismo de la Fiscalía Provincial de Granada)*

Sumario: I. LA AMPLIACIÓN DE LAS CONDUCTAS DELICTIVAS RELACIONADAS CON LA ACTIVIDAD MUNICIPAL EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 15 DE ENERO DE 2007 DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL. – II. JURISPRUDENCIA SOBRE DELITOS RELACIONADOS CON LA ACTIVIDAD MUNICIPAL: 1. Delitos de prevaricación. 2. Malversación de caudales públicos y cohecho. 3. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. 4. Delitos cometidos por funcionarios públicos contra los derechos individuales.

I. LA AMPLIACIÓN DE LAS CONDUCTAS DELICTIVAS RELACIONADAS CON LA ACTIVIDAD MUNICIPAL EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 15 DE ENERO DE 2007, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

En enero de 2007 se presentó por el Gobierno de la Nación un *proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal* que, al finalizar en diciembre del mismo año las sesiones de las Cámaras, quedó finalmente frustrado al no obtener el impulso y el apoyo precisos para su aprobación dentro de la expirada VIII Legislatura. Entre las reformas que pretendía realizar el mencionado proyecto legislativo, y junto a novedades de gran calado como la introducción de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas privadas, se encontraba la ampliación del ámbito típico de los delitos contra la ordenación del territorio del capítulo I del Título XVI del Libro II del texto punitivo, es decir, del espacio de responsabilidad criminal genuinamente ligado a la actividad municipal.

Como es sabido, la doctrina había reprochado al legislador criminal de 1995 la técnica de incriminación de las conductas relacionadas con la actividad urbanística, considerando que se habían tipificado las menos graves –la realización de edificios y construcciones clandestinos e ilegales y la actuación conscientemente ilícita de las

autoridades y los funcionarios municipales que resuelven o informan favorablemente los proyectos de edificación o licencias–, y no las más graves para la configuración urbanística del suelo –la aprobación y realización de proyectos de urbanización contrarios a la legalidad–. El principal objetivo de la reforma normativa propuesta por el Ejecutivo en el año 2007 para los delitos contra la ordenación del territorio era la superación de esta situación anómala. Según la Exposición de Motivos del Proyecto, con éste se pretendía ampliar «las obras ilegales o clandestinas que pueden ser objeto de delito a las de urbanización, construcción o edificación, ya que las obras de urbanización pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de construcción o edificación, a las que además suelen preceder». Efectivamente, el nuevo texto proyectado para los dos primeros apartados del artículo 319 señalaba como conductas punibles la realización obras ilegales «de urbanización, construcción o edificación», frente a la referencia exclusiva a construcciones y edificaciones en los apartado 1 y 2 del artículo citado en su redacción vigente.

En lo relativo a la prevaricación urbanística propiamente dicha, el Proyecto de 2007 no sólo incorporaba a las conductas penadas en el tipo del artículo 320 el informe, resolución o voto favorable a los proyectos de urbanización, sino que incluía expresamente una forma omisiva consistente, según explicaba la propia Exposición de Motivos, en «la ocultación de actos ilícitos observados por la inspección». La redacción de precepto proyectado contemplaba la modalidad activa preexistente, con la mejora técnica de incluir una referencia a la infracción de las normas «de ordenación territorial» y no sólo de las propiamente «urbanísticas», y una novedosa modalidad pasiva referida a la autoridad o funcionario público que «con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de dichas normas». Se trataba, pues, de una disposición de contenido análogo a la que ya prevé el artículo 329 del Código penal para las inspecciones de contenido medioambiental.

Finalmente, se pretendía proceder con la frustrada reforma a una agravación de las penas asociadas a los tipos penales expuestos, llegando a los cuatro años de prisión la modalidad delictiva del apartado 1 del artículo 319 –frente al tope actual de tres años de privación de libertad– y a los tres años de prisión la prevaricación del artículo 320 –actualmente castigada con un máximo de dos años de privación de libertad–.

II. JURISPRUDENCIA SOBRE DELITOS RELACIONADOS CON LA ACTIVIDAD MUNICIPAL

1. Delitos de prevaricación cometidos por autoridades y funcionarios municipales

La prevaricación, tanto la ordinaria como la específicamente urbanística, sigue siendo el ámbito delictivo donde se produce una mayor fiscalización penal de la

actuación de las autoridades y funcionarios de los entes locales. Es de destacar en esta materia la *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre* (Secc. Primera, Sala de lo Penal, RJ 6285). Se recurría ante el alto tribunal una sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que había condenado al Alcalde y un Concejal de la localidad de Andoain como autores de un delito de prevaricación, absolviéndoles del delito de malversación del que venían acusados por el Ministerio Fiscal. Había quedado probado en instancia que la denominada «Comisión de Derechos Humanos de Presos» adscrita al Departamento de Bienestar Social de la Corporación tenía una partida presupuestaria con objeto de sufragar los gastos de viajes de familiares y amigos de presos de la localidad. La Comisión fue convocada el 19 de mayo de 2003 y acordó proponer al Ayuntamiento de Andoain el abono de las cantidades precisas para la compra de un ordenador a un preso andoainarra internado en una prisión francesa, y de las que fueran necesarias para el desplazamiento de vecinos de la localidad en autobuses organizados para asistir a los juicios que se iban a celebrar en la Audiencia Nacional contra dos presos vecinos del municipio. La Interventora del Ayuntamiento realizó un informe de fiscalización en que advertía de la insuficiencia de crédito por imputación del gasto a una partida incorrecta, señalando igualmente que la discrepancia había de ser resuelta por el Pleno de la Corporación. Con conocimiento de este informe, el acusado, Concejal Delegado de Servicios Sociales del Ayuntamiento, dictó resolución aprobando el gasto propuesto con cargo a la partida discutida y ordenando efectuar los pagos correspondientes. El otro acusado, Alcalde de la localidad, ordenó el mismo día la compra del ordenador con cargo a la partida en cuestión del presupuesto municipal.

Además de lo llamativo del caso, lo más destacable de la resolución aludida es, sin duda, su fundamentación jurídica, en cuanto en ella se exponen los elementos característicos y distintivos del delito de prevaricación cuando éste consiste en la omisión de formas esenciales de procedimiento, diferenciando así la conducta punible de la mera irregularidad administrativa. La sentencia se adscribe a la línea de interpretación de la prevaricación más moderna —que prescinde de las muy discutibles tesis «objetivas» que ponen el acento del ilícito penal en la «patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el Derecho»— y considera que el elemento distintivo de la actuación prevaricadora frente a la mera ilegalidad administrativa es «el ejercicio arbitrario del poder, proscrito en el artículo 9.3 de la Constitución», lo que ocurre «cuando la autoridad o funcionario público dictan una resolución que sólo es efecto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad». Según expone la sentencia, el puro voluntarismo de la resolución se pone de manifiesto cuando ésta «no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley» o, más sencillamente, cuando «falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor». Por tanto, la resolución prevaricadora es aquella en la que la autoridad o funcionario público «hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable».

El problema fundamental, que la sentencia aborda sin rodeos y con gran claridad, es la identificación de la prevaricación cuando la ilegalidad no consiste en «el propio contenido o sustancia de la resolución» sino «en la omisión de trámites esenciales de procedimiento» o en «la falta absoluta de competencia». En este punto, considera la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que «no se puede identificar de un modo automático la omisión de procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito». Así, «la omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución», pero «otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues, en estos 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. Son, en este sentido, trámites esenciales».

En cuanto al concreto caso que debía resolver, el Tribunal Supremo destaca que «la presencia de la intervención no tiene un carácter meramente formulario». Advertida por la Interventora la inadecuación de la partida presupuestaria y la inexistencia de otra previsión de crédito suficiente para los gastos propuestos, la decisión de aprobación del gasto correspondía al Pleno del Ayuntamiento «donde la labor de control es realizada directamente por los demás Concejales». Al no someter la cuestión al Pleno, los acusados no sólo prescindieron del procedimiento aplicable sino que además privaron a dicho órgano «de la posibilidad de ejercer cualquier control sobre la misma en la forma en que viene previsto en la Ley».

En definitiva, conforme a esta doctrina de la Sala de lo Penal «[e]l carácter arbitrario de la resolución se deriva de la falta de competencia y de la omisión del procedimiento establecido, en cuanto causan la desaparición de las facultades de control por parte del Pleno del Ayuntamiento, al que correspondía finalmente decidir si aceptaba o no el reparo formulado por la intervención en el legítimo uso de sus atribuciones».

En el ámbito de la llamada «jurisprudencia menor» también se observan resoluciones de cierto interés práctico referidas a delitos de prevaricación imputados a autoridades y funcionarios municipales por hechos cometidos en el ejercicio de sus cargos. Así, algunos tribunales, desconociendo la nueva doctrina del Tribunal Supremo que se acaba de exponer en una de sus últimas manifestaciones, sigue apelando al carácter «clamoroso» de la ilegalidad cometida como elemento determinante del injusto objetivo de la prevaricación. Así, la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de enero de 2007* (Secc. Primera, Sala de lo Civil y Penal, JUR 206245), descarta que objetivamente pueda existir prevaricación en el ejercicio de la discrecionalidad técnica por un tribunal examinador para la adjudicación de una plaza de auxiliar de Registro

en un Ayuntamiento, a pesar de que una sentencia contencioso-administrativa había constatado que, en todo caso, la puntuación de la querellante debía ser mayor que la de la candidata seleccionada. El tribunal penal considera que no puede calificarse de «clamorosa» la ilegalidad cuando el error de puntuación es sólo de 1,2 puntos (70,6 frente a 69,4) aunque este margen fuera suficiente para alterar la suerte del concurso.

En el extremo opuesto, en la medida en que acoge la más moderna interpretación del delito de prevaricación que se observa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se encuentra la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 25 de enero* (Secc. Cuarta, ARP 307), que, curiosamente, llega a un pronunciamiento absolutorio aplicando las pautas exegéticas de esta línea jurisprudencial a un supuesto de omisión absoluta del procedimiento aplicable. En el caso enjuiciado, el Juzgado de lo Penal número 7 de Sevilla había condenado al Alcalde de Villaverde del Río por delito de prevaricación. El acusado había cedido el uso de una vivienda de titularidad municipal –que no había sido desafectada de su destinación al alojamiento de maestros– a una familia necesitada, «obrando por simple vía de hecho, sin aguardar a que culminara el expediente de desafectación, que ni siquiera se había iniciado formalmente, y sin seguir el menor procedimiento público de selección para tan peculiar adjudicación de hecho».

La sentencia de la Audiencia revoca el fallo condenatorio de instancia al considerar que se inspira «en la aplicación mecánica de una conocida tópica jurisprudencial –la de la «ilegalidad grosera o clamorosa» de la resolución– que, sin ser inexacta en sí misma, no es en realidad definitoria del significado de la prevaricación». Lo importante es, según el tribunal provincial, que la resolución prevaricadora del artículo 404 CP sea «arbitraria» –como el tenor del precepto establece– y lo arbitrario, según se desprende del propio Diccionario de la Real Academia, «no es, pues, meramente lo contrario a la Ley, sino lo dictado por la mera voluntad o el capricho». Por tanto la resolución arbitraria «no constituye prevaricación porque su oposición al ordenamiento jurídico sea especialmente grave o evidente, sino porque la autoridad o funcionario que la dictó lo hizo apartándose del deber de servir con objetividad los intereses generales que a la Administración Pública impone el artículo 103 de la Constitución, actuando al solo impulso de su subjetiva voluntad». La evidencia de la ilegalidad es, en este sentido, indicio de la arbitrariedad, pero no la define. Como explica el pronunciamiento de apelación, puede darse el caso de resoluciones manifiestamente ilegales que no sean arbitrarias, al haberse dictado de buena fe al servicio de los intereses generales y, a la inversa, de resoluciones completamente arbitrarias hábilmente disimuladas en argumentos de impecable apariencia jurídica. De ahí que el carácter «manifiesto» o «grosero» de la ilegalidad sea una técnica indiciaria con la que aproximarse a la conducta prevaricadora, pero no elemento contenido en el tipo de prevaricación.

En el caso enjuiciado, a los magistrados de la Sala provincial no les «duelen prendas» en reconocer que la actuación del Alcalde acusado se había caracterizado por una «ilegalidad grosera y clamorosa» –al prescindir «olímpicamente» de toda norma de procedimiento– pero no comparten la calificación delictiva del tribunal de instancia,

pues consideran que no hubo resolución arbitraria, ya que «el acusado no hizo otra cosa [...] que resolver por vías de hecho una situación de emergencia provocada por la necesidad apremiante de una familia menesterosa» —y ya la propia sentencia condenatoria revocada reconocía que «cualquier persona hubiera realizado lo mismo» en el lugar del acusado—.

Evidentemente, los argumentos de la sentencia son discutibles, en cuanto el resultado de justicia material obtenido habría sido el mismo aplicando técnicas penales genéricas —por ejemplo, un estado de necesidad exculpante o inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta—; y es que parece claro que la resolución del alcalde, visto que no podía cumplir con su propósito de socorrer a la familia necesitada sin violentar la Ley, actuando así por vía de hecho, sí que obedecía al producto exclusivo de su voluntad personal, aunque ésta persiguiera la consecución de un fin loable y, hasta cierto punto, imperioso.

En la misma línea interpretativa se encuentra la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 15 de febrero* (Secc. Tercera, *JUR* 126588). Se acusaba por prevaricación a los responsables municipales que, en virtud de acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, habían procedido al taponamiento de una salida de aguas fecales de una finca particular que hacía peligrar la salubridad de la vía pública, sin cumplir los trámites formales elementales de procedimiento, en particular la notificación al interesado, al que, con la actuación municipal, se causaron daños patrimoniales. Entiende el tribunal provincial que no hay en el caso enjuiciado resolución debida al «capricho» o exclusiva voluntad de las autoridades administrativas, que en todo momento creyeron actuar lícitamente por razones de urgencia, lo que se confirmaría con el carácter público y expreso de su actuación, descartándose que, en cualquier caso, se realizara a sabiendas de su injusticia.

En relación con la cualidad de autoridad o funcionario público exigida en los delitos de prevaricación de los artículos 320, 322, 329 y 404 del Código, como tipos especiales propios, puede hacerse mención del *Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de julio* (Secc. Novena, *JUR* 284628), que confirma el archivo del Juzgado de Instrucción al considerar que no puede atribuirse tal condición subjetiva —aun desde la perspectiva material que caracteriza el concepto penal del artículo 24 del texto punitivo— a los administradores de una sociedad mercantil, aunque esté participada por la Administración municipal, en el caso concreto la sociedad municipal del Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat (Empresa de Desarrollo Urbano de Cornellà S.A.).

Por otra parte, la actividad judicial del año 2007 también pone de manifiesto el impulso que la protección penal medioambiental ha recibido en materia de lucha contra la contaminación acústica, donde, siguiendo la línea trazada por el Tribunal Supremo, se ha consolidado la responsabilidad por prevaricación omisiva de los responsables municipales que toleran o amparan al establecimiento productor de ruidos. Es el caso de la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 18 de mayo* (Secc. Primera, *ARP* 488), que considera que el Alcalde de la localidad, habiendo tolerado el

funcionamiento clandestino de la discoteca desde el año 1993 hasta el 2000, incurrió en la conducta punible de «silenciar con motivo de las inspecciones, la infracción de Leyes o disposiciones de carácter general» prevista en el artículo 329 del texto punitivo, al no suspender la actividad molesta pese a las múltiples denuncias y a los datos aportados por las mediciones acústicas realizadas.

Finalmente, la jurisprudencia menor pone igualmente de manifiesto la insuficiencia de la reforma pretendida por el Proyecto de modificación del Código penal de 15 de enero de 2007 en relación con los delitos de prevaricación urbanística, que comprenden exclusivamente informes y resoluciones relativos a «proyectos de edificación» y «licencias» contrarias «a las normas urbanísticas vigentes». Efectivamente, si con este proyecto normativo se pretendía extender el ámbito típico del artículo 320 al informe favorable y aprobación de «proyectos de urbanización», la práctica procesal pone de relieve que las formas más graves de prevaricación en el ámbito urbanístico están un paso más allá y consisten en la aprobación de instrumentos de planeamiento complementarios para fines que exceden notablemente del objeto posible de su regulación, evitando con ello los controles y garantías que lleva aparejado el instrumento idóneo. Así, por ejemplo, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 4 de junio* (Secc. Segunda, ARP 530) se ve obligada a calificar como delito de prevaricación genérica del artículo 404 del Código —que sólo lleva aparejada pena de inhabilitación— la actuación consistente en la aprobación ilícita de un Estudio de Detalle que aumentaba la densidad permitida de edificación con el solo fin de favorecer a la sociedad promotora de las obras, en la que tenía participación el aparejador municipal —lo que llevó igualmente a la condena de éste como autor de un delito de negociación prohibida a funcionario público del artículo 439 de la norma sustantiva criminal—.

2. Malversación de caudales públicos y cohecho

En cuanto al delito de malversación cometido por autoridades o funcionarios municipales, es destacable la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de mayo* (Secc. Primera, Sala de lo Penal, RJ 3275). El Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Madrid había condenado a las penas de 2 años de prisión y 4 años de inhabilitación absoluta por delito continuado de malversación de caudales públicos, condenando en apelación el Tribunal Superior de Justicia de Madrid por delito continuado de malversación en concurso medial con delito continuado de falsedad en documentos oficiales y mercantiles, a las penas de 4 años y 7 meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años y un mes. Se recurrió por el Ministerio Fiscal y la defensa de la acusada, absolviendo el Tribunal Supremo por el delito continuado de falsedad, al entender que se había vulnerado el principio acusatorio, y condenando, en cambio por delito de malversación con elevación de la pena en razón de la continuidad delictiva y de la importancia de la cantidad total sustraída, imponiendo definitivamente las de 3 años y 6 meses de prisión y 6 años inhabilitación absoluta.

En el caso enjuiciado, la acusada, como funcionaria municipal en calidad de Técnico de la Administración General con el cargo de Jefe de Sección de la Concejalía de Servicios Generales del Ayuntamiento de Alcorcón, había sido nombrada cajera habilitada con manejo exclusivo de los fondos depositados en una cuenta municipal previstos para atender gastos y adquisiciones de suministros, sometidos a fiscalización posterior. Se consideró probado que la acusada, con abuso de su cargo, había sustraído de forma constante cantidades de dinero mediante el libramiento de cheques nominativos, haciéndose con los importes extraídos y apoderándose, así de un total de 7.371.319 pesetas.

Más allá del concreto caso enjuiciado, el Tribunal Supremo aborda en la sentencia aludida una cuestión jurídica de interés relacionada con la determinación de la pena para el delito de malversación de caudales públicos. Así, la Sala 2.^a considera que la malversación no es exclusivamente un delito contra la Administración pública sino que tiene la naturaleza concurrente de un delito patrimonial, por lo que queda sujeta al apartado 2 del artículo 74 del texto punitivo y, consiguientemente, no tiene por qué imponerse la pena más grave en la mitad superior en los supuestos de continuidad delictiva, pues basta con tener en cuenta el perjuicio total causado. A pesar de esto, la pena finalmente impuesta por el Tribunal Supremo, superior a los dos años de prisión que marcan el límite de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, implicaba el ingreso en prisión de la funcionaria municipal condenada.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha abordado con motivo de delitos de malversación cometidos por responsables municipales, el problema de delimitación del subtipo de «especial gravedad» del artículo 432.2 del Código, sobre el que existen dudas interpretativas en cuanto a la suficiencia del importe malversado para dar lugar a esta agravación, frente a la tesis que considera en todo caso necesario un entorpecimiento del servicio público. Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de abril* (Secc. Primera, Sala de lo Penal, RJ 2321) se ocupa de esta cuestión. En dicha resolución se condena a una funcionaria de Ayuntamiento, con tareas de auxiliar administrativo, encargada de las dependencias del pabellón municipal, que se había apropiado repetidamente del dinero que debía ser ingresado en la caja –bien no ingresándolo, bien sacándolo de la caja y haciendo un apunte negativo por idéntica cantidad, tramitando paralelamente el alta y baja ficticias del abonado y quedando los datos falseados en el disco duro del ordenador– apoderándose de un total de 153.704,58 euros. El Tribunal del Jurado de Ourense había condenado por delito continuado de malversación de caudales públicos agravado por el valor de la cantidad sustraída y el entorpecimiento al servicio público, imponiendo la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta por diez años. El Jurado consideró además a la acusada autora de un delito continuado de falsedad en documento oficial, imponiendo por éste las penas de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para empleo o cargo público por 4 años y multa de 15 meses a razón de 6 euros de cuota diaria, condenando igualmente a la indemnización del importe del dinero sustraído.

En los fundamentos jurídicos de la sentencia, el Tribunal Supremo rechaza la especial gravedad de la malversación —que determina una pena de prisión de cuatro a ocho años— al entender que la agravación del artículo 432.2 del Código penal requiere que concurran los dos parámetros de la especial gravedad, el valor de las cantidades sustraídas y el entorpecimiento del servicio público, no habiéndose practicado prueba alguna sobre este último elemento ante el Tribunal del Jurado y no siendo la cantidad defraudada tan especialmente calificada como para atender exclusivamente a su importe. Al prescindir de la agravación, la sentencia impone la pena de 3 años y 6 meses de prisión y de inhabilitación absoluta por tiempo de 7 años. Mantiene, en cambio, el alto tribunal el delito de falsedad al considerar que el disco duro del ordenador donde se realizan las anotaciones de altas y bajas es un documento oficial, como se desprende del juego conjunto de los artículos 317.6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 26 del Código penal y 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Finalmente, el Tribunal Supremo reconoce la competencia prevalente de la jurisdicción contable para la determinación de la responsabilidad civil.

También aborda la delimitación del mismo subtipo agravado la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de febrero* (Secc. Primera, Sala de lo Penal, RJ 1814). En ella se dio por probado que los acusados, uno de ellos como administrador de una sociedad civil dedicada a la gestión de tributos municipales, habían concertado con varios Ayuntamientos el servicio de cobranza de los impuestos, tasas y contribuciones especiales, y se habían apropiado de una parte considerable de las cantidades recaudadas. El Tribunal de Cuentas había fijado la responsabilidad contable de los acusados en 627.589,20 euros de principal más los intereses legales (resolución de la sección de Enjuiciamiento de 30 de julio de 2002). La Audiencia Provincial de Zamora había condenado por delito de malversación de caudales públicos en la modalidad de especial gravedad a la pena mínima de cuatro años de prisión, con atenuante de arrepentimiento espontáneo, y por delito de hurto al otro acusado, en cuanto que no era administrador de la sociedad (imponiéndole una pena de 3 años, en atención igualmente a la especial gravedad).

El Tribunal Supremo declara no haber lugar a la estimación del recurso de los condenados. En cuanto a autoría de la malversación, la sentencia rechaza la argumentación del recurrente sobre su carácter de «particular», y no de funcionario público, pues se le aplica el tipo del artículo 435.1.º, relativo precisamente a personas que, no ostentando la condición de funcionario, se hallan encargadas por cualquier concepto de fondos de las Administraciones Públicas. Considera igualmente irrelevante que el contrato de gestión estuviera concertado con una sociedad civil, pues el acusado era coadministrador de ésta, teniendo auténtico poder de dirección y siéndole, por tanto, aplicable el artículo 31.1 del Código penal sobre «actuaciones en nombre de otro», que permite la transmisión de las cualidades típicas que concurren en la persona jurídica al individuo que la administra o representa. En lo relativo al ánimo de lucro, la resolución acepta la argumentación del Ministerio Fiscal y estima que sólo se exige en

la modalidad activa de malversación, y no así en la omisiva, que consiste en consentir que otro sustraiga, lo que equivale a un «ánimo de lucro ajeno». Finalmente, en lo relativo a la especial gravedad de la malversación, la sentencia se hace eco de las dos líneas doctrinales en pugna, que difieren en la interpretación del carácter cumulativo o alternativo de los elementos de valoración de la gravedad (el importe sustraído y el entorpecimiento del servicio público). En el caso enjuiciado, los magistrados resuelven que debe imperar la agravación incluso desde la tesis más restrictiva, puesto que las cantidades malversadas alcanzaban en algún caso el 20%, el 38,7% e incluso el 44,35% del presupuesto anual de los municipios afectados, con indudable entorpecimiento del servicio público. Sigue, en este sentido, la línea interpretativa previa que marca que hay entorpecimiento del servicio público siempre que la cantidad defraudada supera la quinta parte del presupuesto del ente público.

Basta reseñar, por otra parte, la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de marzo* (Secc. Primera, Sala de lo Penal), que condena por delito de malversación en concurso medial con delito de falsedad al Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Huescas (Toledo) que continuadamente se había apropiado de dinero municipal aprovechando su cargo y valiéndose para ello de documentos falsificados por él mismo (anticipos de nóminas, cheques...), imponiéndole finalmente la pena de 5 años, 3 meses y 1 día de prisión y 9 años de inhabilitación.

Muy interesante es, en el ámbito de la llamada «jurisprudencia menor», la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 19 de abril* (Secc. Sexta, ARP 583) en la que se condena al Alcalde y a la Secretaria-Interventora que abren una cuenta a nombre del Ayuntamiento para recibir dinero de los propietarios de las fincas de un polígono del término municipal con objeto de realizar la ejecución de la urbanización; los acusados falsifican después las facturas correspondientes y se apropian, finalmente, de las cantidades recibidas. La sentencia impone a cada uno de ellos la pena de 7 años de prisión e inhabilitación absoluta de 15 años, además de la indemnización por el importe defraudado. El tribunal provincial aplica el subtipo de especial gravedad de la malversación, estimando que, aun desde la perspectiva más estricta que exige cumulativamente la importancia del importe y el entorpecimiento del servicio público, ambas concurren en el caso enjuiciado, al haberse puesto de manifiesto el delito precisamente por la intervención del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas en razón del anómalo funcionamiento del Ayuntamiento. Considera igualmente la sección provincial que las cantidades ingresadas por los propietarios tenían el concepto de «caudales públicos» pues tal condición se adquiere, según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, desde la recepción de los efectos por funcionario legitimado, sin que hayan de incorporarse efectivamente al erario público. Además, la sentencia destaca que los pagos se hacían al Ayuntamiento para que procediera al desarrollo urbanístico del polígono, por lo que no cabe duda de que el dinero se recibía en nombre de la Administración municipal.

Destacable es el tratamiento que la resolución aludida realiza de la «obediencia debida» alegada por la Secretaria-Interventora, que había afirmado que simplemente

cumplía con los mandatos del Alcalde, sin cuestionarlos en ningún momento. La sección de la Audiencia de Vizcaya sostiene que, aun habiendo desaparecido en el Código penal de 1995 como causa de justificación autónoma, la «obediencia debida» tiene encaje en la dicción literal de la eximente séptima de artículo 20 del texto punitivo vigente, en cuanto ampara a quien actúa «en cumplimiento de un deber». Ahora bien, estima el tribunal que para que pueda operar la exención es preciso, como requisito objetivo, «una orden dada en el ámbito de una relación jerárquica que el subordinado debe obedecer, que, al menos en apariencia, es lícita, ya que se refiere a materia propia de la competencia del superior y cumple las formalidades habituales en esa clase de mandatos». Añade que jamás puede afirmarse que el inferior tiene el deber jurídico de cumplir la orden recibida si ésta constituye «una infracción clara y terminante de un precepto de Ley», lo que siempre ocurrirá cuando la orden, como en el caso enjuiciado, es constitutiva de delito. Por otra parte, la sección provincial estima igualmente exigible que el funcionario inferior actúe en virtud de «un error invencible de que la orden recibida era lícita», descartando en la sentencia que, ante la manifiesta ilicitud de la actuación, concurriese esa situación subjetiva en la acusada.

En materia de cohecho debe destacarse la *sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo* (Secc. Primera, Sala de lo Penal, *RJ* 3279). El Tribunal del Jurado de la Audiencia de Las Palmas había condenado por cohecho al Alcalde de la localidad de Antigua a las penas de un año y seis meses de prisión, inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de 6 años y multa de 270.455,45 euros, habiendo confirmado después este pronunciamiento el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. En el caso enjuiciado, se consideró probado que el Alcalde había percibido 45 millones de pesetas por agilizar la tramitación de varias licencias urbanísticas, siendo la prueba fundamental del cohecho una conversación telefónica intervenida. La Sala 2.^a del Tribunal Supremo rechaza las alegaciones, estrictamente probatorias, del condenado, confirmando la sentencia recurrida.

Caso prototípico de cohecho es el resuelto en la *Sentencia del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 28 de mayo* (Secc. Primera, *JUR* 287176), por la que condena se por delito de cohecho y falta de estafa a un funcionario de Policía Local que recibe 100 euros para tramitar la documentación necesaria para obtener autorización de vado en el garaje de su propiedad, y 200 euros por no denunciar a un ciudadano que carecía de permiso para realizar una descarga de materiales. Aplica el tribunal a este segundo supuesto el tipo del artículo 421 del Código penal, al entender que el funcionario recibe la dádiva por abstenerse de una actuación debida.

3. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

No son excepcionales los supuestos en que las autoridades municipales se ven condenadas como responsables directos de un delito ecológico del artículo 325 –y

no meramente por actuaciones prevaricadoras relacionadas con el favorecimiento o tolerancia de una actividad contaminante privada—. El caso más significativo del año 2007 quizá sea el de la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero* (Secc. Primera, Sala de lo Penal, RJ 1709). La sección sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona había condenado al acusado, Alcalde del municipio de Lliçà del Vall, como autor de un delito contra el medio ambiente a la pena de 6 meses de prisión y multa de 8 meses, con una cuota diaria de 10 euros, con accesorias legales de inhabilitación especial para el cargo de alcalde o concejal municipal y del derecho de sufragio pasivo durante seis meses. El Tribunal Supremo estima el recurso del Fiscal y desestima el del acusado. Se consideró probado que el término municipal comprendía una urbanización cuyas aguas residuales fecales eran vertidas directamente a un torrente y una ría, y a través de ellos a los ríos Tenes y Besòs. En 1996 se había realizado por la Junta de Sanejament de la Generalitat de Catalunya un proyecto ejecutivo del colector que debía unir los desagües de la urbanización con otro preexistente, lo que habría permitido que las aguas residuales fecales tuvieran como destino final la depuradora de Montornès del Vallès. No obstante, las obras del tramo colector no se efectuaron hasta 2001, vertiéndose entre tanto las aguas fecales sin que el acusado sometiera, como era su obligación legal, dichas aguas a tratamiento depurativo simple o primario y sin que realizara la conexión de los vertidos al colector general del municipio para derivarlos al sistema general de depuración. Los vertidos contenían sustancias de elevadísima toxicidad, según el análisis de las muestras realizado por el Instituto de Toxicología, suponiendo la contaminación producida «un potencial foco de transmisión para todos los animales que consumen aguas de la riera y de los pozos, que pueden verse afectados por contaminación del acuífero que por infiltración alimentan».

El alcalde del municipio negaba la autoría en comisión por omisión del delito ecológico, argumentando que la posición de garantía correspondía a la Generalitat. Según la defensa, existía una doble posición de garantía, la «abstracta» de la Administración municipal, como titular de la fuente de peligro y competente para el tratamiento de aguas residuales conforme a la Ley de Bases de Régimen Local, y la «concreta» de la Administración autonómica, en cuanto competente «en materia de determinación de la política de saneamiento de aguas». Entendía además la defensa que, en estas circunstancias, el deber concreto de evitar el vertido correspondía a la Generalitat, conforme a la Ley 6/1999, de 12 de julio de Ordenación, Gestión y Tributación del Agua. Según esta argumentación, el municipio habría quedado subordinado al plan supramunicipal impulsado por la Administración autonómica.

El Tribunal Supremo considera este razonamiento «irrelevante», ya que durante todo el periodo en que se realizaron los vertidos «el acusado estaba sometido en su cualidad de Alcalde al cumplimiento de las obligaciones que le imponen las disposiciones de la Ley de Bases de Régimen Local en materia de tratamiento de aguas residuales», en concreto a las competencias necesarias del artículo 25.2 y a la obligación de

prestación de servicio de tratamiento de residuos en los municipios de más de 5.000 habitantes prevista en el artículo 26.1.6 de esta norma, sin que el Ayuntamiento hubiera solicitado de la Administración autonómica la dispensa de la obligación, conforme al apartado 2 del precepto, ante la imposibilidad de cumplirla. Alude igualmente la Sala Segunda al artículo 86.3 LBRL, en cuanto declara la reserva a favor de los entes locales de las actividades de depuración de aguas. Considera «obvio, por consiguiente, que el acusado quebrantó las disposiciones legales mencionadas que le investían de garante de la protección del medio ambiente y de la salud pública en el ámbito territorial de su competencia y responsabilidad, no impidiendo, siendo consciente de ello y pudiendo hacerlo, unos vertidos de aguas fecales directamente a un torrente público sin tratamiento alguno, y ello de forma consistente y continuada durante muchos años». Era el acusado, así, garante de la evitación del peligro que los vertidos directos al torrente entrañaban para el ecosistema y la salud de las personas. Además, el Tribunal destaca que el proyecto ejecutivo –aprobado por la Administración autonómica– «de un colector» para la conducción de aguas residuales a la depuradora, «había sido efectivamente asignado al propio Ayuntamiento en condición de administración actuante». Para el alto tribunal, «[e]n conclusión, la responsabilidad del acusado resulta incontestable».

Además de la valoración del peligro en función a los análisis efectuados por el Instituto de Toxicología de las muestras tomadas por la Policía Judicial, resulta de interés en esta resolución la irrelevancia, por la naturaleza hipotética del peligro incriminado en el tipo del artículo 325.1 del Código penal, de otras fuentes de contaminación del torrente distintas a las aguas fecales vertidas. Estima el Tribunal Supremo que el tipo penal aplicable «no requiere comprobación de la causalidad del daño, sino el carácter peligroso del vertido, es decir, un pronóstico de causalidad». Lo importante es «la aptitud del vertido para generar los peligros» «y la tipicidad será de aplicar inclusive cuando el vertido pueda caer sobre zonas ya contaminadas, dado que la finalidad del tipo penal no es sólo evitar la contaminación, sino también impedir el incremento de la ya existente».

4. Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra los derechos individuales

Es este un ámbito delictivo subsidiario de los que generalmente pueden afectar al ejercicio de funciones públicas, según tiene reconocido la jurisprudencia. Por eso llama la atención la interpretación contenida en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 3 de julio* (Secc. Primera, ARP 644). El Juzgado de lo Penal número 5 de Granada había condenado al Alcalde de la localidad de Cogollos Vega por delito contra los derechos cívicos (art. 542 del texto punitivo) imponiéndole la pena de un año de inhabilitación especial para empleo o cargo público. La Audiencia Provincial revoca la condena en la sentencia referenciada y absuelve al acusado. Se había consi-

derado probado que el Alcalde de la localidad había celebrado el pleno que tenía por objeto la moción de censura contra él presentada a sabiendas de que los concejales de la oposición no podían acceder a la sala de plenos del consistorio porque se lo impedía una manifestación vecinal. Días antes se habían distribuido pasquines con el membrete del partido político del alcalde proponiendo la movilización para acudir al salón de plenos el día previsto para la moción. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Granada había dictado sentencia el 4 de abril de 2005 declarando nulo el acto de constitución del pleno y los acuerdos adoptados en la sesión extraordinaria de 13 de noviembre de 2004, por vulneración del artículo 23 de la Constitución, que tutela el derecho de los ciudadanos de participación política en el sistema democrático.

La Audiencia Provincial revoca la absolución en virtud de una curiosa interpretación de las reglas del concurso de normas. La sentencia recuerda que el Tribunal Supremo ha resuelto la relación entre la prevaricación y el delito contra los derechos cívicos como un concurso de Leyes con aplicación preferente, por especialidad, del tipo de prevaricación –siendo subsidiario el tipo contra los derechos cívicos cuando no concurre el elemento específico del delito especial, que es el dictado de una resolución arbitraria–. A continuación, la Audiencia considera que no puede condenar por el delito del artículo 542 CP al faltar la resolución arbitraria propia del delito de prevaricación, lo que no casa muy bien con la doctrina expuesta. En cambio, el magistrado del Juzgado de lo Penal había descartado en su sentencia la aplicación de la prevaricación al no poder conceptuarse la decisión de celebrar el Pleno como arbitraria, vista la falta de norma que regulase el supuesto concreto y existiendo quórum al efecto. No obstante, al considerar probado que el Alcalde conocía que se estaba impidiendo por la fuerza la entrada en el salón de plenos de los concejales de la oposición, la sentencia revocada había recurrido al tipo subsidiario, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del artículo 542 del texto punitivo, entendiéndose que, al limitar conscientemente el Alcalde con su decisión de celebrar el pleno el ejercicio del derecho constitucional previsto en el artículo 23 CE, había cometido la conducta descrita en este tipo penal para salir victorioso en la votación de la censura.

También es reseñable el pronunciamiento absolutorio de la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de junio* (Secc. Cuarta, JUR 311528). Se ejercía la acusación por delito contra el ejercicio de los derechos individuales del artículo 542 del texto punitivo, en relación con el derecho a difundir y comunicar libremente pensamientos e ideas, conforme al artículo 20 CE. El caso enjuiciado se refería a agentes de Policía Local que, ante la falta de autorización de un puesto instalado en las inmediaciones de la Feria del Libro del Parque del Retiro de la ciudad de Madrid para la venta de una revista de difusión de ideas de una asociación cristiana, y ante la negativa al desmantelamiento voluntario de la instalación, habían incautado el material objeto de compra-venta, previos los oportunos apercibimientos a los responsa-

bles. La Audiencia rechaza la acusación formulada, «por cuanto la actividad desarrollada por los agentes de la Policía Municipal no iba dirigida a impedir el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión por parte de la entidad denunciante, sino que su actuación se circunscribía a la finalidad de imponer, por las vías legales que, por su condición de agentes de la autoridad, estaban legitimados para utilizar, el cumplimiento de la normativa en relación con la ocupación de espacios públicos y venta ambulante».

