
Corrupción (penalmente relevante) y Administración local

Ana Belén VALVERDE-CANO

Investigadora Juan de la Cierva en el Área de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0001-5580-5365

Palabras clave: Derecho penal; prevaricación; cohecho; tráfico de influencias; malversación; funcionarios públicos; jurisprudencia.

Keywords: Criminal Law; prevarication; bribery; influence peddling; embezzlement; public officials; case-law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NOVEDADES NORMATIVAS Y APORTACIONES DOCTRINALES: 2.1. Modificaciones al Código Penal. 2.2. Otras normas con relevancia penal.—3. NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA: 3.1. Delitos contra la ordenación del territorio y el medio ambiente: 3.1.1. Delito de prevaricación urbanística. 3.1.2. Delito de prevaricación medioambiental. 3.2. Delitos contra la Administración pública: 3.2.1. Delitos de prevaricación. 3.2.2. Delitos de cohecho. 3.2.3. Delitos de tráfico de influencias. 3.2.4. Delitos de malversación.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El año 2022 se ha caracterizado por una intensa y fragmentada actividad de reforma penal que ha alcanzado a los delitos que tienen que ver con la correcta gestión del dinero público: a finales de año, tras una urgente tramitación de una proposición de ley que tenía que ver con la transposición de directivas europeas, se reformaron por completo los delitos de malversación (eliminando, entre otras cosas, la modalidad de malversación por administración desleal), y se incluyó un nuevo delito de enriquecimiento ilícito de autoridades o funcionarios públicos. En 2023 también entró en vigor la Ley de pro-

tección de los informantes, cuyas disposiciones afectan particularmente a las Administraciones públicas porque implican obligaciones de creación de órganos y canales de denuncias, así como la adopción de otras medidas para la protección de los denunciantes de infracciones. Sus aspectos penales requerirán previsiblemente un mayor desarrollo, por ejemplo, en relación con la eventual exclusión o mitigación de la responsabilidad penal de los informantes que también hayan participado en el delito.

En este informe se detallan también los principales desarrollos jurisprudenciales y doctrinales de los delitos más relacionados con el fenómeno de la corrupción en las Administraciones locales: prevaricación administrativa y sus modalidades (urbanística y medioambiental), cohecho, tráfico de influencias y malversación. Son especialmente importantes las sentencias del caso *de los ERE* y del caso *De Miguel*, sobre todo en relación con el concepto de «resolución» en el delito de prevaricación. Según una fórmula habitual en la jurisprudencia y en la doctrina, se considera que es resolución cualquier declaración de voluntad de contenido decisorio —es decir, que no sea un mero trámite— que se dicte en un asunto administrativo. La sentencia del caso *de los ERE* expande este concepto para abarcar aquellas decisiones adoptadas en el proceso prelegislativo que culmina en la aprobación de un proyecto de ley, al interpretar que este procedimiento está sujeto a unas normas administrativas mínimas —y que, por tanto, son actos administrativos sujetos a control— que no quedan cubiertas por la inmunidad parlamentaria. Otros aspectos importantes que se tratan son las modalidades omisivas de los delitos de prevaricación; la relación entre el delito de cohecho, el delito de tráfico de influencias y el de blanqueo de capitales; las condiciones que debe reunir el funcionario que comete el delito de cohecho pasivo; el concepto de empresa pública, y el significado de «disposición efectiva» de caudales públicos en el delito de malversación.

2. NOVEDADES NORMATIVAS Y APORTACIONES DOCTRINALES

2.1. Modificaciones al Código Penal

En 2022, el Código Penal fue objeto de nada menos que siete reformas. La que nos interesa es la última de ellas, la de la *Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*. Además de derogar los delitos de sedición y de modificar los de desórdenes públicos (arts. 577 a 577 *ter* CP), esta ley orgánica reconfigura los arts. 432¹ y 433² (malversación) y los escinde en tres

¹ Anteriormente y desde la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el art. 432 había estado redactado de la siguiente manera: «1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del art. 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. 2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del art. 253 sobre el patrimonio público. 3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por

Vid. nota 2 en página siguiente

modalidades que van de mayor a menor gravedad: en primer lugar, la apropiación de patrimonio público con ánimo de lucro (nuevo art. 432 CP); en segundo lugar, el uso temporal de bienes públicos y su reintegro (art. 432 *bis* CP); y, por último, los desvíos presupuestarios o gastos de difícil justificación (cláusula subsidiaria del art. 433 CP).

«Art. 432 CP (después de la reforma):

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos que se refieren en el apartado anterior hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

- a) se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público,
- b) el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros,
- c) las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

Si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

3. Los hechos a que se refiere el presente artículo serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000 euros.

Nuevo art. 432 *bis* CP:

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, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años, y suspensión de empleo o cargo público de uno a cuatro años.

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.

tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes: a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros. Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado».

² El antiguo art. 433 estaba redactado en los siguientes términos: «Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros».

Nuevo art. 433 CP:

La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquella a la que estuviere destinado, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años, si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, y de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses, si no resultare».

Común a las tres modalidades es la noción de patrimonio público, que el nuevo art. 433 *ter* define auténticamente como el «conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas», lo que excluye la posibilidad de una concepción puramente jurídica del patrimonio público. También, en el marco del Capítulo VIII (De los fraudes y exacciones ilegales), se crea un nuevo delito de enriquecimiento ilícito de autoridades en el art. 438 *bis* CP, que castiga los incrementos patrimoniales injustificados hasta cinco años después de haber desempeñado un cargo público:

«La autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación, será castigada con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años».

La Exposición de Motivos desarrolla pormenorizadamente la justificación de estos aspectos de la reforma. Sobre la malversación, indica que lo que pretende es «recuperar» el modelo anterior a la reforma de 2015 y configurar de manera más proporcionada el sistema de castigos de las conductas de administración desleal del patrimonio público, diferenciando según el grado de afectación del patrimonio, por un lado, y de la función pública, por otro. También recuerda que en el modelo anterior los casos de desviación presupuestaria eran atípicos, y que su actual castigo *ex* art. 433 CP responde a una mayor intolerancia social hacia la corrupción. Respecto a la introducción del nuevo delito de enriquecimiento ilícito, confiesa seguir la tendencia de otros países europeos que han introducido un delito similar, como Francia, Luxemburgo, Portugal o Lituania; además de las recomendaciones de organismos internacionales como la Comisión Europea. Sostiene que se trata, en esencia, de un delito de desobediencia, y que eso despeja las dudas sobre su constitucionalidad por la colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (es decir, por ser un delito de sospecha): para incurrir en el tipo penal, indica, «no basta con poseer un patrimonio cuyo origen no sea explicable a partir de los ingresos declarados, sino que debe existir un requerimiento previo por parte de los organismos administrativos o judiciales competentes para la comprobación de dicho patrimonio. Sólo ante la negativa a detallar a dichos órganos el origen de un incremento patrimonial o de una cancelación de deudas o ante una explicación manifiestamente falsa sobre los mismos se incurriría en el tipo penal».

A pesar de que la reforma no tiene apenas más que unos meses de vida legal, encontramos algunos comentarios doctrinales, especialmente sobre los cambios de configuración de la malversación: por ejemplo, los examina preliminarmente L. ROCA DE AGAPITO, «Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado», *Diario La Ley*, núm. 10.230, 16 de febrero de 2023. En este artículo, tras apuntar lo precipitado de la reforma (pp. 3-6), ROCA DE AGAPITO hace un repaso de la redacción originaria de la malversación en el CP de 1995 (pp. 6-8), su reconfiguración tras la reforma del CP en 2015 (pp. 8-10), y comenta los nuevos delitos con una perspectiva crítica y desde el prisma de lo que a su juicio *debería* protegerse en estos supuestos, que es la correcta gestión del patrimonio público (pp. 10-17). También son muy valiosas las observaciones críticas sobre el delito de malversación y el de enriquecimiento ilícito de A. ZÁRATE CONDE, «El delito de malversación a la luz de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 23 de diciembre», *La Ley Penal*, núm. 160, enero-febrero de 2023, pp. 1-21; las de I. RAMOS TAPIA y A. RUIZ ROBLEDO, «La discutible derogación de la sedición», *Diario La Ley*, núm. 10.244, Sección Tribuna, 9 de marzo de 2023 (sobre la manera en que se tramitó la reforma), y las de J. MUÑOZ CUESTA, «El delito de malversación en la LO 14/2022, de 22 de diciembre», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2023; así como la propuesta de interpretación de J. RIBA CIURANA, «La interpretación del nuevo artículo 433 CP de malversación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2023. V. MAGRO SERVET describe, de manera más general, los cambios de la ley orgánica en «Cuadro comparativo de novedades en la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre», *Diario La Ley*, núm. 10.202, 5 de enero de 2023.

Por otro lado, para un análisis más profundo y comprehensivo de las modificaciones en la nueva regulación son muy recomendables otras dos obras colectivas. La primera está coordinada por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC y se titula *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. En concreto, el Capítulo 8 «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y siguientes)», escrito por el propio J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, examina de forma muy solvente los nuevos tipos penales, teniendo en cuenta lo que queda en pie del modelo anterior (pp. 146-164). En el Capítulo 10, «El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades», de A. RAGA VIVES, se analiza también muy minuciosamente el nuevo art. 433 CP con un marcado enfoque de Derecho comparado e incidiendo en los aspectos procesales y concursales, por ejemplo, en relación con el fraude fiscal (pp. 189-234).

La segunda obra imprescindible son las *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*, dirigidas por J. M. SILVA SÁNCHEZ, Atelier, Barcelona, 2023. Este manual está adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 14/2022, por lo que resultan especialmente ilustrativas las reflexiones del Capítulo 16, del que es autor I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, sobre el concepto de patrimonio público, los elementos objetivos y subjetivos de los tipos, y la jurisprudencia anterior sobre el delito de malversación y en qué medida puede aplicarse a las tres nuevas modalidades (pp. 401-409). Al final de este capítulo también se analiza el ámbito de aplicación del delito de enriquecimiento ilícito y se profundiza en las razones de las sospechas de inconstitucionalidad, de enorme relevancia práctica (pp. 419-420).

2.2. Otras normas con relevancia penal

Recientemente entró en vigor otra norma con relevancia penal para la Administración local: 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*. Con esta norma se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, que tiene como objetivo final perseguir mejor las infracciones graves del Derecho de la Unión Europea y la protección de aquellos que emplean los canales de denuncia, a los que la ley denomina «informantes» (*whistleblowers*).

La ley, no obstante, no limita la protección a los informantes de infracciones del Derecho de la Unión Europea. Como apunta el art. 2, también se protegen las personas físicas —del sector público o privado *ex* art. 3— que, empleando los cauces previstos en la Ley, informen sobre «[a]cciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave». En todo caso, continúa diciendo, se entiende que entran en esta categoría aquellas que «impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social». Los apartados 4 y 5 de este mismo artículo excluyen de la protección las que afecten a información clasificada o las relativas a la «tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado».

Además de un canal externo de información, encauzado a través de la figura de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, AAI (arts. 16 a 24 y el Título VIII), el Título II configura el «Sistema interno de información» como el cauce preferente del que deben disponer las personas jurídicas obligadas por la ley, entre las que se encuentran las entidades del sector público (art. 13)³, que, por cierto, deben implantarlo antes del 13 de junio de 2023 (DT 2.^a). En caso de organismos públicos con

³ El art. 13.1 indica que: «A los efectos de esta ley se entienden comprendidos en el sector público:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, ciudades con Estatuto de Autonomía y las entidades que integran la Administración Local.

b) Los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública, así como aquellas otras asociaciones y corporaciones en las que participen Administraciones y organismos públicos.

c) Las autoridades administrativas independientes, el Banco de España y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

d) Las universidades públicas.

e) Las corporaciones de Derecho público.

f) Las fundaciones del sector público. A efectos de esta ley, se entenderá por fundaciones del sector público aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

funciones de comprobación o investigación de incumplimientos, indica el art. 13.3 que se distinguirá, al menos, entre un canal interno referente a sus propios incumplimientos y el canal externo referente a los incumplimientos de terceros cuya investigación corresponda a sus competencias.

En general, el sistema interno de información debe establecerse de tal manera que asegure la confidencialidad de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la información, así como su protección (art. 5); y debe estar supervisado por un «Responsable del Sistema interno de información», perfilado en el art. 8 como un órgano independiente y autónomo de la entidad, que no puede recibir instrucciones de ningún tipo y que debe estar dotado de todos los medios personales y materiales necesarios (apdo. 4).

En cuanto a la posibilidad de externalizar la gestión del Sistema interno de información, para las entidades públicas sólo se permite si se acredita la insuficiencia de medios propios (art. 15). También cabe la opción de compartir tal gestión, pero únicamente en los supuestos del art. 14 y siempre y cuando se pueda garantizar que los sistemas resultan independientes entre sí y no generan confusión en los ciudadanos (apdo. 3):

«1. Los municipios de menos de 10.000 habitantes, entre sí o con cualesquiera otras Administraciones públicas que se ubiquen dentro del territorio de la comunidad autónoma, podrán compartir el Sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones.

2. Asimismo, las entidades pertenecientes al sector público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de órganos de las Administraciones territoriales, y que cuenten con menos de 50 trabajadores, podrán compartir con la Administración de adscripción el Sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones».

El procedimiento de gestión de informaciones internas, regulado en el art. 9, trata de salvaguardar el equilibrio entre el fin de la norma (combatir la corrupción) y otros intereses importantes, como la presunción de inocencia, la protección del honor de las personas afectadas y la protección de datos personales, que también tienen una regulación aparte en el Título VI. En el art. 9 se recuerda que, si hay indicios de que los hechos pueden ser constitutivos de delito, debe remitirse la información al Ministerio Fiscal o la Fiscalía Europea —en este caso, sólo si los hechos afectan a intereses financieros de la Unión Europea—. Hay, no obstante, una importante diferencia entre la directiva, que indica que no habrá responsabilidad jurídica alguna por la *revelación* de buena fe, aunque pudiera haberla, de carácter penal, por el modo de *obtención* de la información (art. 21, apdos. 2 y 3), y la Ley de transposición, cuyo art. 38.2 admite la responsabili-

g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d) y g) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que, sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el art. 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre».

dad penal tanto por la forma de acceso como por la revelación. Esto puede suponer un enorme desincentivo para los informantes, al enfrentarse a una posible responsabilidad penal por informar, que quizá podría resolverse en algunos casos explorando la vía de la aplicabilidad directa de la Directiva a través de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP). Por último, el Título IX establece el régimen sancionador (de carácter administrativo), necesario, como indica en la Exposición de Motivos, para combatir con eficacia aquellas actuaciones que impliquen represalias contra los informantes, así como los incumplimientos en el establecimiento de las reglas de los canales de comunicación. Las sanciones previstas son principalmente multas, que varían desde la cuantía de 1.001 euros a 1 millón de euros cuando son infracciones muy graves.

La transposición en España de lo que se conoce como «Directiva *Whistleblower*» ha despertado un enorme interés académico, también en la doctrina penalista, que suele tratar este tema, aunque no sea un instrumento dedicado exclusivamente a la prevención de fenómenos delictivos. Sólo en la recientemente publicada obra colectiva *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, dirigida por V. GÓMEZ MARTÍN, C. BOLEA BARDON, J.-I. GALLEGO SOLER, J. C. HORTAL IBARRA y U. JOSHI JUBERT, que contiene una miscelánea de artículos sobre distintos temas, tres están dedicados al potencial del régimen del *whistleblowing* para la política criminal anticorrupción: el capítulo de L. FOFFANI, titulado «El *Whistleblowing*: un nuevo instrumento en la lucha contra la corrupción: la experiencia italiana en el marco del Derecho europeo» (pp. 145-157); el de I. OLAIZOLA NOGALES, «La Directiva (UE) 2019/1937 *Whistleblower*: su eficacia contra la corrupción» (pp. 269-278), y el de J. L. GOÑI SEIN, «La protección de la persona acusada en el sistema europeo de denuncias» (pp. 1517-1531). FOFFANI ofrece una fotografía del modelo italiano, explicando cómo se incorporó este mecanismo en 2012 y las sucesivas reformas para mejorarlo, por ejemplo, en relación con las situaciones discriminatorias que generaba el hecho de que se limitara su aplicación al empleo público (p. 148); y finalmente plantea algunas adaptaciones que serán necesarias para ajustar esa normativa a la directiva (pp. 150-157). OLAIZOLA NOGUERAS, por su parte, reflexiona críticamente sobre el «desplazamiento» del deber de vigilar y denunciar del Estado a los ciudadanos, así como sobre los riesgos de generar climas de chantaje y desconfianza entre los trabajadores (p. 273). También argumenta que la transposición de la directiva debería incluir los delitos contra la Administración pública en su ámbito material (p. 275), y apunta la exclusión, en el ámbito de aplicación personal de la directiva (que se mantiene después en la ley), de los «arrepentidos», esto es, aquellos denunciantes que han participado en la infracción/delito (p. 277). Por último, GOÑI SEIN aborda la otra cara de la moneda: la perspectiva de la persona acusada, sus derechos, como la confidencialidad o la protección de sus datos personales.

Varios artículos recientes también abordan distintos aspectos de esta regulación. Dada la novedad de la ley, en vigor desde el 13 de marzo de 2023, la mayoría de las aportaciones aluden o bien a la directiva o bien al anteproyecto, pero pueden ser de utilidad para interpretar la Ley de transposición. Entre ellos, cabe destacar las contribu-

ciones de J. LEÓN ALAPONT, «Los canales de denuncia y la protección del informante en las entidades del sector privado: a propósito de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, núm. 28, 2022, pp. 155-216, sobre la posible influencia de esta regulación en los programas de *compliance*; o de P. SIMÓN CASTELLANO, «La inmunidad penal como recompensa a los denunciantes. Allende un nuevo factor subjetivo-formal de punibilidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 24, núm. 4, 2022, pp. 1-32, que propone incluir causas de atenuación o exención de responsabilidad, por falta de necesidad de pena, para los que participan en un hecho delictivo pero después lo denuncian. Poniendo el ejemplo del indulto parcial del delator de la trama Gürtel (José Luis Peñas), sostiene que situaciones de este tipo deberían vehicularse no a través del indulto, sino a través de causas de exclusión o levantamiento de la punibilidad (pp. 28-29). Desde la perspectiva procesal, es importante hacer alusión a la obra colectiva dirigida por J. GIMENO BEVIÁ y M. B. LÓPEZ DONAIRE, titulada *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2022), con 18 capítulos que desgranar distintos aspectos de la ley, como la formación de los canales de denuncia, la protección de datos, o la protección penal del denunciante (este último escrito por C. COTO DEL VALLE, pp. 357-387); así como al artículo de J. A. TARDÍO PATO, «La protección del denunciante para garantía del cumplimiento de la legalidad y evitar la corrupción», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 217, 2022, que analiza, entre otras cuestiones, la legitimación procesal del denunciante para recurrir la falta de persecución de las infracciones e imposición de sanciones administrativas y la exención de las sanciones (o su reducción) a los infractores que se conviertan en denunciantes.

También son interesantes algunas contribuciones desde el ámbito autonómico, como el capítulo de G. VESTRI, «Los canales de alerta anónimos. Análisis de la labor de la Oficina Antifraude de Cataluña y de la Agencia Valenciana Antifraude», en L. ABAD ALCALÁ, I. SERRANO MAÍLLO (dirs.), *La integridad en la Administración: contratación pública y lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Navarra, 2022; y otras, más generales sobre la adecuación de las normas procesales (penales) españolas al marco europeo: M. L. VILLAMARÍN LÓPEZ, «Spanish criminal procedure examined: successes, opportunities and failures in the adaptation to EU requirements», *ERA Forum*, núm. 23, 2022, pp. 127-139; sobre la figura de la Autoridad Independiente de Protección al denunciante, de A. GARCÍA RODRÍGUEZ-MARÍN, «La futura ley de protección de denunciantes: una oportunidad para luchar contra la corrupción en España», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 23, pp. 195-247; acerca del encaje de la Autoridad Independiente en el actual sistema español de lucha contra la corrupción, de J. M. BUENO SÁNCHEZ, «Oportunidad legal y necesidad democrática de crear una Autoridad Administrativa Independiente de lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante», *Revista de Administración Pública*, núm. 217, pp. 209-240; y, por último, sobre los problemas que plantea la creación de canales de denuncia en el sector público: P. IGLESIAS REY, «O desafío do sector público ante a aplicación da Directiva de protección do informante. As canles de denuncia», *Revista Galega de Administración Pública, EGAP*, núm. 64, 2022, pp. 175-190.

3. NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA

3.1. Delitos contra la ordenación del territorio y el medio ambiente

3.1.1. Delito de prevaricación urbanística

El art. 320 CP sanciona a la autoridad o funcionario público que informa favorablemente de forma contraria a las normas de ordenación territorial o urbanística, que con motivo de infracciones haya silenciado la infracción de dichas normas, o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio. En el caso de que, además, resuelva o vote a favor de la concesión, a sabiendas de que contradice la normativa urbanística —en caso contrario, no sería punible porque no existe una modalidad imprudente—, habrá *otro* delito de prevaricación. Es jurisprudencia reiterada la relación que existe entre el delito de prevaricación del art. 404 y el del art. 320 CP, siendo este último un tipo de prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (normativa urbanística). De ahí que pueda aplicarse a la prevaricación especial la jurisprudencia sobre la genérica, que puede resumirse en los requisitos expuestos en la *STS 766/2022, de 15 de septiembre (ECLI: TS:2022:3320)*:

«1) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4) que ocasione un resultado materialmente injusto, y 5) que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho» (FJ 2.º).

Esta sentencia es muy útil porque profundiza en los criterios de imputación del art. 320 CP y en los límites entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. Esta resolución confirma la absolución de los funcionarios encargados de la gestión urbanística de un municipio granadino que concedieron unas licencias de primera ocupación supeditándolas a que se resolvieran unos problemas de la red de saneamiento, lo que, en última instancia, determinó el retraso de las obras y finalmente su inejecución. Básicamente, el TS sostiene que la adopción de unos deberes de cuidado adecuados desde la perspectiva *ex ante*, como la solicitud de avales y la apariencia de buena fe (lo que pretendían era simplemente agilizar el proceso), excluye el reproche penal. De esta manera, respalda las observaciones de la Audiencia Provincial de que «no toda irregularidad supone una derivación al reproche penal, dado el principio de intervención mínima que domina este escenario», y de que, en este caso, la irregularidad de la concesión de la licencia sin el aval de los informes preceptivos previos, que constituye una irregularidad administrativa, «no supone una *actitud grosera* y adoptada *para causar perjuicio* y en *clara ilicitud* llevada al orden penal, sino para tratar de avanzar en el proceso constructivo resolviendo en el ínterin el problema técnico de la red de saneamiento que existía, y en la confianza de

que así sería para poder dar por finalizado toda la corrección del proceso constructivo» (FJ 2.º).

Que se adopten, por tanto, cautelas «genuinas» (*ex ante* y no *ex post*) parece ser un criterio determinante para excluir la aplicación del tipo de prevaricación. Por ejemplo, en el supuesto contemplado por la STS 649/2022, de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2925), a diferencia del anterior, no se adoptan tales cautelas a pesar de que había indicios de que se trataba de una actuación irregular. En este supuesto se describe la concesión irregular de una licencia de obras para construir una nave de aperos de labranza, donde finalmente se acaba ejecutando una vivienda en contra de la normativa de ordenación urbanística (era suelo no urbanizable). Es determinante la existencia de dos informes desfavorables que constatan que se trataba de la construcción encubierta de una vivienda para no darle ningún peso al hecho de que el acusado decidiera «conceder la licencia confiando en que si luego no era legal se pudiera anular o paralizar la obra» (lo que sería una cautela *ex post*). El Tribunal decide no tomar en consideración las alegaciones de error «pues de los hechos probados no resulta desde luego error alguno, ya que tuvo conocimiento desde el primer momento de los informes desfavorables, razón por la cual no se puede hablar de error» (FJ 6.º). Lo importante es la infracción de los deberes de cuidado (no conceder la licencia) cuando se den los elementos (informes desfavorables) que exigen adoptarlos.

Es relevante, también, la STS 989/2022, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4809) sobre los elementos subjetivos del art. 320 CP y la comisión por omisión. En lo que a nosotros nos interesa, la sentencia se refiere a una serie de concesiones de licencias de construcción a sabiendas de su ilegalidad, inducidas por un particular que se aprovecha de ellas, que habían sido informadas favorablemente a pesar de haber advertencias técnicas de que la licencia debía condicionarse a la delimitación de los informes de la Demarcación de Carreteras del Estado para no invadir el dominio público. El recurrente, alegando la existencia de otros informes favorables al otorgamiento de la licencia, sostiene que no tuvo conciencia de la ilegalidad de sus actos (error de tipo). Prueba de ello, indica, es que llega a paralizar cautelarmente las obras al ser sido advertido por la Dirección General de Carreteras. El TS sostiene que lo relevante es que se había demostrado que el Alcalde conocía los informes desfavorables *vinculantes*, que eran aquellos emitidos por las autoridades de carreteras estatales y autonómicas, y que, a pesar de haber paralizado cautelarmente las obras, la ilegalidad residió en que, en su condición de Concejäl delegado de Urbanismo, nada hizo para vigilar el cumplimiento de la paralización (FJ 8.º).

En definitiva, para el TS la omisión de un procedimiento no convierte automáticamente la actuación en una prevaricadora, que requiere un plus de antijuridicidad, que es que la actuación administrativa no sólo sea ilegal, sino sobre todo injusta y arbitraria (FJ 2.º). Y otro buen indicio de esto último, además de la no adopción de cautelas, es la prueba que se hayan efectuado actos orientados a *ocultar* o a *engañar*, por ejemplo, mediante la alteración indebida del Plan General de Ordenación Urbana para ocultárselo posteriormente a todos los agentes intervinientes en el proceso urbanizador [STS 119/2022, de 10 de febrero, FJ 7.º (ECLI:ES:TS:2022:545)]; o mediante el fraccio-

namiento de los contratos para esquivar el procedimiento obligado [STS 257/2022, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1191)].

Aunque no sea del año 2022, no puede obviarse la relevancia en la doctrina más reciente de la obra de M. CORCHERO PÉREZ, *Delitos Urbanísticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, que analiza pormenorizadamente la protección penal de la ordenación del territorio y del urbanismo de los arts. 319 y 320 CP. En esta monografía se dedica un capítulo a la prevaricación urbanística (pp. 141-184), desarrollando especialmente la cuestión del sujeto activo (y mencionando los supuestos de externalización de servicios en las pp. 149-150) y de las modalidades de conductas típicas activas y omisivas. También encontramos referencias muy didácticas a los delitos de prevaricación urbanística en manuales de Derecho penal como el *Memento práctico Penal*, coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, Francis Lefebvre, Madrid, 2023, núm. 13562-13585 (sección escrita por L. POZUELO PÉREZ); el que dirige L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2021, en el capítulo «Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I): Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo», a cargo de M. OLMEDO CARDENETE (pp. 980-990); en el manual de F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 24.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, que trata los delitos de urbanismo en el Capítulo XXV (pp. 573-588); o el coordinado por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal Parte Especial*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, donde trata los delitos de urbanismo en la Lección XXXIII (pp. 601-606, a cargo de C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ).

Por otro lado, resultan interesantes las reflexiones de A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Las prevaricaciones urbanísticas omisivas del art. 320.1 CP», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 67, 2022, pp. 1-27, que, además de criticar la redacción del precepto (porque dice que debería exigirse con la omisión de inspecciones obligatorias que se hubiera cometido una infracción urbanística grave o delito urbanístico), sostiene que los funcionarios de carrera son los únicos que pueden ser sujeto activo de los delitos de prevaricación omisiva de los incisos segundo y tercero del art. 320.1 CP porque son los únicos que están habilitados para el ejercicio de la potestad inspectora (p. 15). N. MORÓN PENDÁS e I. MORÓN PENDÁS, por su parte, hacen un análisis más genérico en «Responsabilidades penales y administrativas en materia de medio ambiente y ordenación del territorio», *Revista Penal México*, núm. 21, 2022, pp. 37-47.

3.1.2. Delito de prevaricación medioambiental

Dentro del Capítulo III del CP, que se refiere a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el art. 329 CP castiga otra modalidad de prevaricación: aquella que comete la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, informa favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes capaces de generar un riesgo grave en el medio

ambiente. Del mismo modo que ocurría con el delito de prevaricación urbanística, se trata de una *modalidad* del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP. Por esta razón, la jurisprudencia sostiene que, en principio, se aplica el art. 329 CP, pero que si por algún motivo no concurre alguno de sus elementos procederá la aplicación del tipo genérico del art. 404 CP, incluso aunque no se haya formulado acusación por ese delito específicamente, sin que ello conculque el principio acusatorio [*SAP Guadalajara 8/2022, de 31 de marzo, FJ 1.º (ECLI:ES:APGU:2022:357)*].

Sobre las modalidades omisivas de la prevaricación medioambiental, no se puede dejar de mencionar la *SAP Guadalajara 8/2022, de 31 de marzo*, que enjuicia una macrocausa iniciada tras un incendio ocurrido en 2016 en la localidad guadalajareña de Chiloeches, que provocó una nube tóxica y el vertido de residuos que se almacenaban de manera incontrolada en una planta de tratamiento de residuos peligrosos y no peligrosos. Esta sentencia, que absuelve a las siete autoridades enjuiciadas por prevaricación medioambiental, realiza varias precisiones: la primera, que no cabe apreciación de delito continuado en las conductas omisivas «pues el delito de prevaricación por omisión se vertebra, por definición, por una plural inactividad, de suerte que el delito se integra por una pluralidad de omisiones» (FJ 1.º). La segunda, que el tipo objetivo del art. 329 (y 404) CP sólo lo integran las resoluciones que resuelvan de manera definitiva sobre el fondo de un asunto y que tengan eficacia ejecutiva, excluyéndose las que sean de mero trámite (FJ 7.º) —aunque, como veremos en el apartado 3.2.1 de los delitos de prevaricación genéricos, este criterio admite alguna matización—. La tercera, que es un delito doloso que requiere una actuación «a sabiendas» de la ilegalidad. Esto, que quizá parece una obviedad por la forma en la que está redactado el art. 329 CP, no lo es si tenemos en cuenta que existe una línea jurisprudencial que ha sancionado la prevaricación imprudente en ciertos casos (*ex arts. 329 y 331 CP*, que castiga la comisión imprudente de los delitos del Capítulo III), como, por ejemplo, hace el *ATS 204/2014, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:1368ª)*, un caso sobre la actitud impasible del alcalde hacia un local que funcionaba sin licencia y realizaba intolerables emisiones de ruido. No obstante, esta línea jurisprudencial parece haber sido completamente superada, no sólo en esta sentencia, sino en otras que también se refieren al art. 329.1 CP como la de la *SAP de Madrid 109/2022, de 17 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:244)*, donde, tras citar jurisprudencia del TS, afirma categóricamente que «el delito de prevaricación sólo puede cometerse dolosamente, sin que resulte suficiente siquiera un dolo eventual» (FJ 2.º).

También se refiere extensamente a la prevaricación medioambiental omisiva la *SAP de Badajoz, de 3 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APBA:2022:722)*, que pone de relieve una cuestión procesal clave: como la conducta del art. 329.1 CP (en este caso se trataba de la no tramitación de denuncias por ruido) se remite al art. 325 CP, si este delito no es objeto de acusación o no consta que se haya abierto causa penal por la comisión del mismo, el Tribunal no puede pronunciarse al respecto, aunque sí lo examine desde la perspectiva del más genérico art. 404 CP (FJ 1.º). En sentido parecido, la mencionada *SAP de Madrid 109/2022, de 17 de febrero*, recuerda que la inexistencia de una conducta relevante contra el medio ambiente impide que se desencadene la obligación de actuar

del garante, lo que le hace confirmar la absolución de la alcaldesa de Manzanares del Real por no haber iniciado un procedimiento sancionador o por no haber contratado un técnico para elaborar un estudio de insonorización de una empresa que emitía sonido y vibraciones a las viviendas colindantes. Sí condena por prevaricación omisiva la *SAP de Madrid 624/2022, de 5 de diciembre (ECLI:ES:APM:2022:18179)*, donde unos requerimientos formales dirigidos a las empresas infractoras se consideran insuficientes ante la información de la que disponían el alcalde y la concejal de Urbanismo de Serranillos del Valle sobre el incumplimiento de la normativa de protección del medio ambiente. En estos casos, la tolerancia y permisividad continuada en el tiempo por parte de los máximos responsables del Consistorio equivale a autorización o licencia, sin que pueda argumentarse, para eludir las propias responsabilidades, la posible intervención de otros o la preexistencia de la situación: «La restauración de la legalidad medioambiental constituye una competencia municipal, siendo la autonómica subsidiaria (en el caso de la Disciplina Urbanística) o paralela (en el caso de la Disciplina Ambiental), lo que no les excusa de la obligación de adoptar sus propias medidas, bien denegando las licencias de funcionamiento, bien clausurando las empresas que desarrollaban una actividad claramente perjudicial para el medio ambiente» (FJ 4.º).

Para una revisión específica de los delitos medioambientales resulta de utilidad el artículo de A. VINUESA TORREGOSA, «Los delitos medioambientales en el Código Penal Español», *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, vol. 13, núm. 9, 2022, pp. 33-69; y para una visión de la problemática más global, aunque sin incidir en aspectos concretos de la normativa española, el de N. SANZ MULAS, «Suicidio ecológico e impunidad. La urgencia de una justicia penal efectiva frente al desastre», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 24, núm. 15, 2022, pp. 1-43. No se pueden dejar de mencionar, nuevamente, los manuales de la Parte Especial del Derecho penal. Para evitar reiteraciones, ahora y en los siguientes grupos de delitos las referencias a los manuales las haré por el nombre del coordinador: así, resultan ilustrativos los capítulos dedicados a los delitos medioambientales en el manual coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, en la sección escrita por M. MARTÍN LORENZO (núms. 13.640-13.861); en el que dirige L. MORILLAS CUEVA, en el Capítulo 39, de M. OLMEDO CARDENETE (pp. 1034-1035); en el de F. MUÑOZ CONDE, en el Capítulo XXVI (pp. 589-615), o en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en la Lección XXXIII (pp. 606-612) escrita por C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ.

3.2. Delitos contra la Administración pública

3.2.1. Delitos de prevaricación

Conforme al art. 404 CP, comete delito de prevaricación «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo». Este artículo es el tipo residual de prevaricación, que se ve desplazado por aquellos otros que se refieren al mismo comportamiento en ámbitos determinados

(como los arts. 320 y 329 CP si son delitos contra la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente, respectivamente) o que consisten en conductas más determinadas, como la del art. 405 CP, que castiga la propuesta o nombramiento para cargo público de persona que no reúne los requisitos.

Un análisis sobre los pronunciamientos más relevantes sobre prevaricación y malversación en el último año debe comenzar, ineludiblemente, por la sentencia sobre el caso *ERE de Andalucía* [STS 749/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258)], que enjuicia a los principales responsables políticos y administrativos de la Junta de Andalucía que intervinieron en la gestión, concesión y pago de determinadas subvenciones que se concedieron al margen del control administrativo. Tal y como relatan los antecedentes de hecho, que son tan complejos que precisan de un índice que suministra la propia sentencia, se concedieron y pagaron una serie de ayudas sociolaborales con cargo a partidas presupuestarias no reguladas (transferencias de financiación al IFA) con la finalidad eludir el control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía y la restante normativa de subvenciones para agilizar el procedimiento de concesión. Los responsables eran conscientes de la necesidad de regular el marco jurídico de las ayudas, como evidencian algunas iniciativas que se presentaron pero que finalmente no fueron aprobadas. ROCCASALVO, DOLZ LAGO y QUINTERO OLIVARES comentan distintos aspectos de la sentencia en: M. ROCCASALVO, «Riesgo objetivo y dogmática del dolo. Comentario al voto particular de la STS 749/2022, de 13 de septiembre (caso *ERE*)», *InDret. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, núm. 2, 2023, pp. 702-717 (analizando y criticando el concepto de dolo del voto particular); M.-J. DOLZ LAGO en «Caso “ERES de Andalucía”: condena del ex presidente de la Junta por delito de prevaricación administrativa en concurso medial con malversación de caudales públicos», *Diario La Ley, Sección Comentarios de jurisprudencia*, núm. 10174, 21 de noviembre de 2022; y (muy críticamente) G. QUINTERO OLIVARES, «La sentencia de los ERE y algunas perlas jurídicas no cultivadas», *Almacén de Derecho*, 19 de septiembre de 2022.

En lo que a prevaricación se refiere, los hechos se califican como delitos de prevaricación continuada del art. 404 CP, cometidos tanto por quienes concedieron las ayudas en la Conserjería de Trabajo como por los que aprobaron su cobertura formal y facilitaron su concesión. Entre otras cuestiones, en el recurso se impugna la calificación de algunos de los actos —como los acuerdos del Consejo de Gobierno relacionados con los presupuestos de la Junta de Andalucía— como resoluciones arbitrarias a efectos del art. 404 CP. Uno de los argumentos utilizados para afirmar la plena legalidad de las transferencias de financiación como criterio de presupuestación es que el Parlamento andaluz aprobó después tales proyectos de ley de presupuestos (calificados de prevaricadores) que incluían tales transferencias de financiación para el pago de las ayudas sociolaborales. Sostienen que la aprobación parlamentaria impide calificar como ilegales los acuerdos y los proyectos elaborados por el Gobierno.

El TS recuerda, no obstante, que los motivos de casación deben tener como punto de partida inexcusable los hechos probados y que estos incluyen: i) que los proyectos de ley y las modificaciones presupuestarios remitidas al Parlamento por el Gobierno de

la Junta de Andalucía incluían un criterio de presupuestación que *ya era* ilegal (uso de transferencias de financiación para pago de subvenciones); ii) que la documentación remitida al Parlamento era escasa y confusa, y iii) que se habilitaron los créditos presupuestarios pero sin determinarse la forma de ejecución del gasto. Concluye, por tanto, que la actuación posterior del órgano legislativo convalidando las actuaciones del Gobierno (regidas por el régimen administrativo) no puede eliminar la *infracción previa*, de carácter administrativo, de un órgano precisamente encargado de velar por la legalidad de los presupuestos (FJ 5.º).

Otros dos argumentos profundizan en esta cuestión. Las defensas mantienen las decisiones que se adoptan en los procesos de elaboración normativa no son más que resoluciones de mero trámite, sin valor autónomo y sin transcendencia frente a terceros, por lo que no encajan en el elemento objetivo del delito de prevaricación; y que, en cualquier caso, son actos políticos inmunes a todo control jurisdiccional. Respondiendo a esta objeción, el TS parte de la distinta naturaleza del proceso prelegislativo y legislativo, así como de la importancia de que el primero se ajuste a unas ciertas normas administrativas *mínimas*. Estas no afectan a la parte discrecional (la decisión política de prever ciertos ingresos y gastos), sino a la procedimental de obligado cumplimiento (procedimiento de elaboración y criterios financieros que desarrollan y aclaran los estados cifrados).

El TS afirma que el Gobierno y la Administración no pueden parapetarse tras la inmunidad parlamentaria «para incumplir de forma flagrante y palmaria el procedimiento legalmente establecido en la elaboración del proyecto de ley», especialmente cuando «es el propio Parlamento el que, a través de la ley, ha ordenado que su elaboración deba ajustarse a unas determinadas normas y cuando esas normas son de derecho administrativo y están fuera del procedimiento legislativo». Por estas razones, concluye, los procedimientos reglados que culminan en la decisión de elevar un proyecto de ley no son actos propiamente legislativos —y, por tanto, excluidos del ámbito objetivo del delito de prevaricación—, sino actos administrativos reglados sujetos a las exigencias típicas del art. 404 CP. Además, entiende que las resoluciones son de «contenido decisorio» y no exclusivamente de mero trámite (que también quedarían fuera del concepto de «resolución» en el tipo objetivo de la prevaricación), porque estas incluyen también las *actuaciones anteriores de relevancia* que hayan sido *imprescindibles* para adoptar la resolución final quebrantando los controles establecidos en la ley. Así, tras examinar uno a uno los actos impugnados, el TS determina que todos deben ser considerados «resoluciones» a efectos del art. 404 CP, salvo los dictados por los secretarios generales técnicos que firmaban las Memorias que acompañaban las propuestas de modificación presupuestaria, porque fueron los únicos actos no determinantes para la irregular gestión de los fondos públicos (FJ 6.º).

Otra sentencia muy importante sobre corrupción es la del caso *De Miguel*, también conocido como el de *la Diputación de Álava*, en la STS 1008/2022, de 9 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1). Trata del concierto de exdirigentes miembros de la ejecutiva alavesa del PNV que, prevaleciendo de su capacidad de influencia y de su compañerismo político con personalidades que ocupaban puestos de relevancia en la

Administración autonómica y municipal, favorecieron la adjudicación de contratos públicos a empresarios que estuvieran dispuestos a pagar una comisión. Además, para encubrir el cobro de estas comisiones, constituyeron, bajo la titularidad de testaferros, varias sociedades que facturaban servicios ficticios a los empresarios beneficiados. Se plantea la cuestión del tipo de contribución del *extraneus* para ser calificado como cooperador necesario o inductor en un delito de prevaricación. El Tribunal centra el análisis en el elemento subjetivo del tipo de prevaricación (actuar a sabiendas de la *injusticia*) para determinar su concurrencia, y, en concreto, en su conocimiento de los indicios de arbitrariedad, como la tramitación sin publicidad del expediente de contratación, el fraccionamiento de los contratos y el hecho de que fueran empresas de reciente creación que carecían de experiencia o capacidad para justificar la preferencia para la realización de los trabajos (FJ 9.º —en sentido contrario, si no se demuestra el conocimiento sobre estos indicios, no puede calificarse la actuación como prevaricadora, cfr. FJ 53.º—). También, sobre el carácter de los actos que debe efectuar el cooperador necesario de un delito de prevaricación para ser calificado como tal, el Tribunal determina que formar parte de una mesa de contratación que *puede frenar la adjudicación y no lo hace* (p. ej., porque no excluye una propuesta que presenta errores sin subsanar, o porque propone una adjudicación a favor de un candidato a pesar de conocer la indebida forma de adjudicación del contrato), es una aportación necesaria y eficaz (FFJJ 27.º, 36.º y 59.º).

Otras sentencias recientes se ocupan de otros aspectos de la prevaricación. La *STS 1026/2021, de 17 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:978)*, por ejemplo, trata la prevaricación omisiva: se aborda el caso de un funcionario de policía que archivó hasta 39 expedientes de denuncias de tráfico prescindiendo de todo procedimiento, haciendo desaparecer las denuncias en la aplicación informática, o los soportes documentales, o no tramitando el expediente. El Tribunal parte de que el bien jurídico protegido por el delito de prevaricación administrativa es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, como el principio de legalidad, y que, por tanto, se puede imputar como resultado —en comisión por omisión— el resultado (jurídico) de dejar de ajustarse a la legalidad, como lo es dejar de tramitar expedientes arbitrariamente (FJ 8.º). Otro supuesto se refiere a la imposibilidad de justificar *a posteriori* resoluciones que se habían adoptado sin seguir el procedimiento establecido. En la *STS 439/2022, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1638)*, se discute el caso de un alcalde que había cesado a una interina que trabajaba en el Ayuntamiento como represalia por la denuncia que había interpuesto contra él un partido político. Este fue condenado como autor de un delito de prevaricación porque la había cesado sin seguir el debido cauce procedimental, aunque, de haberlo seguido, habría podido cesarla legalmente. El TS aclara que para que una resolución no incurra en arbitrariedad debe pasar un doble filtro de legalidad y legitimidad, y que, aun cuando se hubiera podido encontrar una causa legal para cesar a la interina, esto no puede servir para cubrir una arbitrariedad ya consumada ya que había acudido previamente a vías de hecho (es decir, sin haberse seguido las normas de procedimiento adecuadas).

En este último año cabe destacar las siguientes contribuciones sobre el delito de prevaricación: J. CASAS HERVILLA analiza el contenido de la posición de garante de la legalidad administrativa local del secretario municipal y examina los supuestos en los que no formular reparos o advertencias de ilegalidad a los que está obligado constituye una omisión penalmente típica en «La intervención del secretario municipal en los delitos de prevaricación: especial referencia a las omisiones penalmente típicas», *Diario La Ley*, núm. 9.996, Sección Tribuna, 25 de enero de 2022. J. LÓPEZ CALVO advierte sobre los problemas de legalidad y seguridad jurídica que plantea una aplicación excesivamente generosa del delito de prevaricación, y, en concreto, sobre el riesgo de hipertrofia de este delito al invadir casos de silencio administrativo, arbitrariedad, subsanación, supuestos de invalidez «y otras muchas de las acciones cotidianas en que la displicente y altiva legislación colisiona con la pedestre y embarrada realidad», en «¿Hacia una “gran dimisión” en la gestión pública?», *Diario La Ley*, núm. 10.105, Sección Tribuna, 7 de julio de 2022. En sentido opuesto, en R. REBOLLO VARGAS y J. CASAS HERVILLA, «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», en F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (dir.), *Los Lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 99-140, los autores sugieren una serie de medidas de carácter penal, procesal y administrativo. Entre las de carácter penal, proponen una reforma del delito básico de prevaricación administrativa: en primer lugar, ampliando la conducta típica con las referencias a la emisión de informes —jurídicos o técnicos— contrarios a la legalidad administrativa (con una enorme capacidad de influencia en los procesos de aprobación de resoluciones en la práctica), a la emisión de votos favorables a la aprobación de una resolución arbitraria, y a la omisión de perseguir infracciones administrativas; para así equiparar el tratamiento de la prevaricación genérica a sus modalidades de prevaricación urbanística y medioambiental de los arts. 320, 322 y 329 CP (pp. 101-110). En segundo lugar, dando una redacción al precepto que admita sin dificultad la punición de las conductas ejecutadas con dolo eventual (p. 111). Por último, proponen una revisión del sistema de penas para equipararlas como mínimo al resto de modalidades de prevaricación (pp. 113-115).

R. ALCÁZER GUIRAO también efectúa un interesantísimo e incisivo análisis sobre el problema de la responsabilidad penal de los asesores técnicos (*extraneus*) en «La responsabilidad penal de los asesores (algunas disonancias en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito fiscal y, en particular, el delito de prevaricación)», *La Ley Penal*, núm. 155, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, marzo-abril de 2022. Este autor plantea los problemas de atribución de responsabilidad en los delitos especiales cuando, en un contexto de creciente complejidad de las decisiones que han de adoptarse en el tráfico jurídico, el *intraneus* recurre al criterio de asesores técnicos, confiando en ellos, y adopta su decisión sin conocimiento de su ilegalidad. El problema se origina porque, con las reglas generales de imputación, no puede hacerse responsable ni al *intraneus* (por falta de dolo), ni al *extraneus* (por el criterio de la accesoriedad en la participación, que presupone una conducta típica de autoría). El autor, tras analizar las propuestas de

la jurisprudencia del Tribunal Supremo para evitar estas laguna de punibilidad (prescindiendo, por ejemplo, de los elementos especiales de autoría inherentes al delito de prevaricación), proyecta su análisis sobre el delito fiscal y la prevaricación, y concluye que es necesaria una reforma legislativa para cubrir esa laguna, especialmente teniendo en cuenta que cuando el legislador ha considerado necesario sancionar la elaboración de informes técnicos en el procedimiento administrativo lo ha hecho expresamente en las modalidades de prevaricación de los arts. 320, 322 o 329 CP.

Por último, debemos mencionar nuevamente los manuales de la Parte Especial del Derecho penal: el de F. MOLINA FERNÁNDEZ se refiere a los delitos de prevaricación administrativa en la sección de L. POZUELO PÉREZ, núms. 16.535-16.544; el manual que dirige L. MORILLAS CUEVA, en el Capítulo 48, escrito por el propio L. MORILLAS CUEVA (pp. 1229-1244); en el Tema 16 escrito por I. ORTIZ DE URBINA GIMENO del manual de J. M. SILVA SÁNCHEZ (pp. 387-394); en el Capítulo XLI de F. MUÑOZ CONDE (pp. 953-960); en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en la Lección XXXVII (pp. 699-708), escrita por E. ORTOS BERENGUER. También es muy didáctico el Tema 27, a cargo de J. C. FERRÉ OLIVÉ, en la obra dirigida por C. ARMENDÁRIZ LEÓN, *Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 373-384.

3.2.2. *Delitos de cohecho*

Con el nombre de «cohecho», los arts. 419 a 427 *bis* CP regulan comportamientos que tienen que ver con lo que popularmente se conocen como «sobornos». El objetivo de estos artículos es preservar el buen funcionamiento de la Administración, evitando la influencia excesiva del interés privado en el ejercicio de las funciones públicas, para así preservar la su imparcialidad. Para lograr este objetivo, se tipifican las conductas de exigencia o aceptación de dádiva o promesa por parte de funcionarios para la realización de ciertos actos, o como recompensa por haberlos realizado (cohecho pasivo); o mediante la incriminación de las conductas de ofrecimiento de pago o promesa por parte de los particulares y de la aceptación de las exigencias de pago hechas por los funcionarios (cohecho activo).

La STS 78/2023, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:391), trata sobre los abonos de cantidades con cargo a la caja «b» de la empresa a funcionarios como contraprestación a la adjudicación de contratos públicos. Al hilo de la valoración de la suficiencia de los medios de prueba para acreditar el delito de cohecho del art. 420 CP, el TS resume la jurisprudencia sobre este delito que protege sobre todo el prestigio y eficacia de la Administración pública, reconociendo la especial dificultad de delimitación del «riesgo permitido» en este ámbito (FJ 3.º). En primer lugar, recuerda la clasificación doctrinal entre el cohecho activo (particular que soborna) y pasivo (funcionario que es sobornado); entre el cohecho propio (persigue un acto propio del cargo contrario al ordenamiento jurídico) y el impropio (acto propio adecuado al ordenamiento); y entre el antecedente y el subsiguiente (antes o después de haberse adoptado el acto administrativo); e incardina

los hechos del caso en el cohecho pasivo propio. En cualquier caso, sostiene el Tribunal, existe una homogeneidad entre los distintos tipos de cohecho, lo que permite aplicar cualquiera de sus modalidades sin que pueda alegarse indefensión si no había sido introducida con anterioridad en el proceso.

Después recuerda que las conductas típicas son solicitar (petición unilateral expresa o tácita, oral o escrita, o mediante actos concluyentes, que no requiere acuerdo previo), recibir (aquí sí se requiere previo acuerdo) y aceptar (recibir el ofrecimiento de alguna ventaja en el futuro); y que no se requiere que la ilícita contraprestación del funcionario sea inmediata, bastando que se produzca a cambio de la dádiva. Y, finalmente, enumera los elementos comunes de los cohechos pasivos propios: *a)* por un lado, el carácter público de los sujetos activos (sobre este tema concreto es muy útil consultar el trabajo de F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, «El concepto de funcionario público: algunas cuestiones problemáticas», en VVAA, *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, vol. 2, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 433-444); y, por otro, *b)* la actuación en ejercicio de su cargo, no siendo exigible que se trate del funcionario *encargado* del acto, sino que basta que se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho. Esto último es de lo que se sirve el TS para desestimar el recurso de unos acusados por delito de cohecho en el caso *De Miguel* (STS 1008/2022, de 9 de enero de 2023), ya que, aunque la decisión objeto del cohecho fuese adoptada por otro funcionario (en este caso el presidente del Consejo de Administración), se apreciaba en el recurrente «una función pública particularmente próxima a la consecución de la actuación ilícita, pues formaba parte del órgano de dirección de la entidad alavesa y su comportamiento consistió, precisamente, en conducir la voluntad de quien ejercía específicamente la competencia de decidir para todos los parques tecnológicos de la comunidad autónoma» (FJ 7.º). Esta jurisprudencia es reiterada también en otras resoluciones, como en la STSJ de Madrid 84/2023, de 28 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2023:2261), donde se confirma una resolución que castiga a un funcionario de prisiones que aceptaba contraprestaciones económicas a cambio de introducir algunos efectos en prisión, como cargadores de móviles. Es indiferente para la concurrencia del tipo que la dádiva no esté cuantificada, aunque sí tiene incidencia en relación con la multa (FJ 8.º).

Sobre la aplicación conjunta del delito de cohecho con el de tráfico de influencias (por la intervención del recurrente en el proceso de recalificar como suelo industrial determinados terrenos de la localidad de Zambrana) o el de autoblanqueo (por hacer disposición y gasto de las cantidades dinerarias que recibió por un delito de cohecho pasivo), que los recurrentes sostienen que infringe el principio *non bis in idem*, el TS efectúa unas importantes consideraciones en la sentencia del caso *De Miguel*. Respecto al tráfico de influencias, entiende que ambas figuras tienen por bien jurídico protegido la objetividad e imparcialidad en el desempeño de la Administración pública, por lo que estas actuaciones quedan absorbidas en el delito de cohecho porque se trataba de conductas en las que había desembocado el compromiso de manipulación. No obstante, entiende que esa posibilidad no es predicable respecto del delito de blanqueo de capi-

tales, que castiga el encubrimiento u ocultación de la procedencia ilícita de los bienes, ya que eran actos orientados específicamente a dotar al capital de una sólida apariencia de lícita procedencia. En concreto, se había probado que los acusados canalizaron sus ingresos ilegítimos hacia una empresa constituida a nombre de sus respectivas cónyuges, pagando a sus esposas viajes o dietas irreales para dar entrada legítima del dinero al patrimonio familiar.

En relación con el cohecho pasivo en atención al cargo o función del art. 422 CP, es decir, dádiva sin una contraprestación inmediata o tangible, en esta misma sentencia sobre el caso *De Miguel*, el TS aclara que el término «en consideración a su función» debe interpretarse en el sentido de que la razón del regalo ofrecido o entregado sea *únicamente* la especial posición que ostenta el cargo público que se beneficia de él, de modo que si el sujeto activo no desplegara tal función, el particular no se hubiera dirigido a él. En términos coloquiales, responde a lo que se denomina como «engrasar la relación» y debe sobrepasar «los módulos sociales que serían apreciables en una relación personal que se desarrolle con adecuada amabilidad y respeto para con quienes gestionan un interés público y mantienen por esa razón un contacto con los administrados». Es indiferente la identidad del favorecido, siempre que sea la autoridad o funcionario público quien se aproveche de la prebenda, como ocurriría, por ejemplo, si el beneficio lo disfrutase su cónyuge o sus familiares. Por estas razones, concluye, el hecho de que se abonaran las obras de un inmueble propiedad de la esposa del recurrente (cargo público con participación en el ámbito de la contratación pública) no excluye su responsabilidad por el delito de cohecho (FJ 12.3.º).

Sobre la relación del delito de cohecho y el de blanqueo de capitales, también es muy útil tener en cuenta la *STS 499/2022, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2059)*, sobre un caso de cohecho impropio por el regalo de dos relojes por parte de una empresa mercantil de transporte a una persona que ostentaba los cargos de Primer teniente de alcalde y de director y coordinador de un área del Ayuntamiento de Valencia. El Tribunal *a quo* describe que, para ocultar el origen ilícito de los relojes los cambió por otros y abonó la diferencia. Estos hechos le valieron la condena a la autoridad como autor de un delito continuado de cohecho del art. 422 CP y de blanqueo de capitales del art. 301 CP. El TS estima parcialmente el recurso, en concreto, la indebida condena por el delito de blanqueo de capitales. Enmarcando la cuestión en la doctrina de los «actos neutrales» —que se castigan únicamente cuando el sujeto conoce la finalidad del acto y los facilita objetivamente—, el Tribunal sostiene que de los hechos no puede inferirse que el propósito del acusado fuera la ocultación de bienes de origen ilícito. De hecho, el Tribunal *ad quem* sostiene que del relato fáctico se deduce justo lo contrario, ya que al cambiar los relojes a su nombre, el acusado «registra» su relación con el apoderado de la mercantil (FJ 4.º). Esta sentencia se encuentra también comentada en un artículo de M. E. ROSSO PÉREZ, «Análisis del delito de cohecho y de blanqueo de capitales a la luz de la Sentencia 499/2022 del Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 2022», *Diario La Ley*, núm. 10.137, Sección Comentarios de jurisprudencia, 23 de septiembre de 2022.

En la doctrina, es imprescindible reseñar la monografía de G. D. M. CERINA, *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, que efectúa un análisis comparado de la regulación italiana y española; recensionada por E. RIQUELME PORTILLA en *InDret*, núm. 1, 2023. También es muy útil el minucioso artículo de M. J. JIMÉNEZ DÍAZ, «Respuestas del Código Penal frente a la corrupción», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 38, 2022, pp. 1-65, que trata aspectos más generales de corrupción, también entre particulares, y el estudio de M. POLAINO NAVARRETE, «Los delitos de cohecho tras las reformas penales de 2010 y 2015: una visión panorámica y crítica», en VVAA, *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, vol. 2, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 749-767. M. MAZA MILLÁN ofrece un análisis orientado a la práctica en el capítulo sobre «Concurso del delito fiscal con el delito contable, blanqueo de capitales, cohecho, administración desleal y otros delitos económicos», en D. LOMA OSORIO y A. ULLATE (coords.), *Manual práctico del delito fiscal*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 737-750. Y, finalmente, es preciso mencionar el tratamiento del cohecho en los manuales de la Parte Especial del Derecho penal: el coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, en la sección escrita por L. POZUELO PÉREZ, núms. 16.735-16.830; en el de J. M. SILVA SÁNCHEZ, en el Capítulo 16, escrito por I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (pp. 394-401); en el Capítulo 52 del Manual dirigido por L. MORILLAS CUEVA, escrito por él mismo (pp. 1279-1294); en el de F. MUÑOZ CONDE, en el Capítulo XLII (pp. 987-993); en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en la Lección XXXVIII (pp. 719-727), escrito por E. ORTS BERENGUER, así como el Tema 28 de J. C. FERRÉ OLIVÉ, en la obra que utiliza el sistema de casos prácticos dirigida por C. ARMENDÁRIZ LEÓN, pp. 385-396.

3.2.3. Delitos de tráfico de influencias

Los delitos de tráfico de influencias sancionan, por un lado, a los funcionarios públicos y a los particulares que *influyan* en otra autoridad o funcionario público para conseguir una resolución que les pueda reportar un beneficio económico directa o indirectamente, para sí o para un tercero (art. 428 CP para funcionarios, y art. 429 CP para particulares); y por otro, a los funcionarios públicos que *ofrezcan ejercer influencia* sobre otra autoridad a cambio de cualquier tipo de remuneración (art. 430 CP).

La mencionada STS 1008/2022, de 9 de enero de 2023 del caso *De Miguel* sobre la macro red de corrupción en la Diputación de Álava, resume la jurisprudencia más reciente sobre este tipo de delitos. En una de las ramas del caso, que trata sobre la influencia de dos de los acusados sobre el director del Parque Tecnológico de Álava para que contratara a la mercantil Urbanorma, S. A., para la prestación de algunos servicios jurídicos del Parque, confirma su condena como autores de un delito de tráfico de influencias por el compañerismo político y el poder que tenían los dos primeros en la organización alavesa del PNV. El tipo exige la existencia de una relación personal del sujeto con una autoridad o funcionario público. Pero no es suficiente la existencia de la misma,

sino que, además, es necesario que el sujeto actúe prevaleándose de ella y que, de esa forma, influya en quien debe resolver. El TS recuerda que la influencia o prevalimiento no es una modalidad de coacción sobre la voluntad del funcionario, sino más bien una sugestión o instigación dirigida a alterar su proceso motivador: «Se trata del aprovechamiento de un predominio o fuerza moral por quien ostenta una determinada situación de ascendencia y con un influjo suficientemente eficiente por la situación prevalente que ocupa quien actúa». Este predominio, explica, puede tener origen en una relación personal ajena a la estructura administrativa, como una amistad muy intensa, o en cualquier situación de preeminencia no laboral. Además, este núcleo de la conducta —la influencia— lo comparte con el art. 429 CP, diferenciándose por la cualidad personal de quien ejerce las influencias y variando los medios de los que se prevale cada uno para ejercer la influencia. En el caso *De Miguel* se demuestra, por indicios como que pertenecían al mismo partido político, que los acusados instigaron activamente al director para que se adjudicara el contrato de asesoramiento jurídico a la mercantil (FJ 5.º).

Otro buen resumen de los elementos del tipo de tráfico de influencias lo encontramos en la *SAN 1/2023, de 9 de enero (ECLI:ES:AN:2023:1)*, donde se recuerda que, puesto que la finalidad debe ser la búsqueda de beneficio económico, quedan fuera del ámbito de este tipo delictivo aquellas gestiones que no se dirigen a la obtención de una verdadera resolución, como los actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos; aun cuando se trate de conductas moralmente reprochables y que pueden constituir infracciones disciplinarias u otros tipos delictivos (FJ 4.º1.1).

De las novedades doctrinales, es imprescindible reseñar una monografía específica de F. PÉREZ FERRER, titulada *Análisis doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias. ¿Oportunidad o necesidad de tipificación en el Código Penal Español?* (Marcial Pons, Madrid, 2022), en el que la autora, tras analizar los instrumentos internacionales y regionales relevantes, aborda las principales cuestiones dogmáticas que plantean estos delitos, como el bien jurídico y los problemas concursales, en los Capítulos V y VI, además de efectuar un útil análisis jurisprudencial que incluye los mediáticos casos *Noos*, *Malaya* o *Palau de la Música*, o la trama *Gürtel*. Otro análisis general lo vamos a encontrar en el artículo de F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «El modelo de criminalización del tráfico de influencias en el Código Penal español y sus rasgos definitorios», *La Ley Penal*, núm. 154, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2022; y sobre la relación del tráfico de influencias con el «lobby», hay tres trabajos que deben mencionarse: el capítulo de I. OLAIZOLA NOGALES, «El delito de tráfico de influencias: su relación con el “lobby”», en F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (dir.), *Los lobbies. ¿Instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 35-60; y los artículos de F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «Lobbying, influencias y corrupción. El art. 12 del Convenio del Consejo de Europa contra la Corrupción como modelo tipo para la criminalización del lobbying oculto», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 24, núm. 3, 2022, pp. 1-21, y el de M. J. QUESADA SARMIENTO, «Delito de tráfico de influencias y su conexión con el lobby», *Diario La Ley*, núm. 10.240, Sección Tribuna, 3 de marzo de 2023.

Por último, debemos mencionar los manuales de la Parte Especial del Derecho penal: el coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ trata los delitos de tráfico de influencias en la sección escrita por L. POZUELO PÉREZ, núms. 16.850-16.863; el Capítulo 53 del Manual dirigido por L. MORILLAS CUEVA, escrito por él mismo (pp. 1295-1304); en el de F. MUÑOZ CONDE, en el Capítulo XLII (pp. 996-1003); en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en la Lección XXXVIII (pp. 727-730), a cargo de E. ORTS BERENGUER; o en el Tema 30 del Manual dirigido por C. ARMENDÁRIZ LEÓN, escrito por P. GÓMEZ PAVÓN (pp. 409-420).

3.2.4. *Delitos de malversación*

Debemos comenzar, nuevamente, por la ya parcialmente analizada sentencia del caso *ERE de Andalucía* (STS 749/2022, de 13 de septiembre). Además de por los delitos de prevaricación, condena, en concurso medial, por varios delitos continuados de malversación agravados *ex art.* 432 CP (recordemos, con una redacción distinta a la que le dio la Ley Orgánica 1/2015, y más parecida a la actual). Se sostiene que los acusados dispusieron de fondos públicos sin ajustarse a los múltiples controles que las leyes establecen antes y después de su concesión, y que el dinero presupuestado se utilizó para fines diferentes a los previstos en las correspondientes fichas presupuestarias, en favor de empresas y personas libremente determinadas y según las preferencias e intereses políticos de las autoridades que concedían las subvenciones (FJ 7.º33.1).

La sentencia expone pormenorizadamente la doctrina del TS sobre el delito de malversación en el FJ VII. El tipo de malversación exige: i) una especial cualidad del sujeto activo (autoridad o funcionario público a efectos del art. 24 CP); ii) una facultad decisoria jurídica o de detentación material de los caudales o sus efectos, ya sea de hecho o de derecho; iii) que los caudales sean de carácter público; iv) que se trate de una sustracción definitiva, por acción u omisión, donde no es preciso que estén determinadas exactamente las cantidades apropiadas sino, únicamente, la prueba de que se produjo la sustracción de caudales o efectos públicos; v) que exista ánimo de lucro propio o de un tercero, entendiéndose el «lucro» en sentido amplio, como beneficio incluso no patrimonial; vi) al ser un delito de resultado, también requiere de la disposición efectiva de los fondos públicos —incluso aunque parte de los pagos pudieran tener fines públicos (ayudas sociolaborales), estos quedaban supeditados al cumplimiento de exigencias legales—; y vii) debe haber, como mínimo, dolo eventual, incluso en los tipos de omisión impropia, cuando el sujeto se represente la alta probabilidad de la existencia de la situación que le obliga a actuar y aun así no lo haga. Para aplicar la agravación de «especial gravedad y entorpecimiento del servicio público», por tratarse de una cantidad total de 680 millones de euros, se pone de relevancia la importancia cuantitativa de los caudales públicos en términos absolutos y no relativos, comparándola, por ejemplo, con la totalidad o parte del presupuesto del ente público correspondiente —como sugería la defensa—, teniendo en cuenta que la jurisprudencia venía aplicando la agravación a malversaciones superiores a 50.000 euros sin referencia alguna. Señala, además, que la

presencia de este tipo de cuantías tan elevadas es suficiente para apreciar la existencia del daño o entorpecimiento del servicio público (FJ 7.º42.3).

La sentencia distingue entre quienes intervienen directamente en la disposición de los fondos y los que no lo hacen, pero debían haberlo hecho (infracción de un deber). Son particularmente importantes las consideraciones sobre esta última categoría de acusados que intervinieron en el proceso de presupuestación sin disponer materialmente de los fondos públicos, es decir, del ex presidente de la Junta de Andalucía y otros Altos Cargos ajenos a la Conserjería de Empleo. Según las defensas, se trataría de actos preparatorios impunes porque no tenían competencia sobre los fondos ni podían realizar ningún acto jurídicamente eficaz sobre los mismos. No obstante, el TS sostiene que son autores del delito de malversación porque tomaron parte activa, material y voluntaria en su ejecución, y en concreto, por «asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al Programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados». Lo relevante, sostiene el Tribunal, es que el funcionario tenga «una efectiva disponibilidad material [de los fondos públicos] sin que se precise una inmediata posesión o tenencia, siendo suficiente la mediata». En otras palabras: se requiere una relación especial entre el agente y los caudales (posición de garante), que le permita disponer eficazmente de los mismos, por sí mismo o a través de un tercero. Vuelve a incidir en esta idea poco después la *STS 769/2022, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3319)*, al sostener que «tener a su cargo» no sólo significa responsabilizarse de la custodia material, sino «ostentar una posición en la que los caudales no pueden salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones» (FJ 12.º).

El motivo de esta interpretación amplia, en el sentido de que no se ciñe a la estricta custodia material, lo proporciona la propia sentencia del caso *de los ERE*: «[r]esultaría absurdo, desproporcionado y aberrante, desde el punto de vista de una política criminal coherente y desde la perspectiva del bien jurídico protegido (el ordenado, leal y normal funcionamiento de la Administración pública) que resultaran beneficiados los rectores y dirigentes políticos de la Administración pública frente a los funcionarios de rango inferior que desempeñan funciones secundarias y subordinadas» (FJ 7.º32.3). Por esta razón, concluye, las actuaciones de los que aprueban las partidas presupuestarias correspondientes (y las omisiones por no tomar medidas eficaces para evitar el dispendio cuando se conocieron los hechos), al ser imprescindibles para el posterior pago, no sólo contribuyen causalmente a la acción, sino que son conductas que conforman la acción típica (FJ 7.º35.2). Este planteamiento es luego cuestionado en el voto particular de la magistrada Ana Ferrer García, al que se adhiere la magistrada Susana Polo García, donde se critica la imputación subjetiva (a título de dolo eventual) del delito de malversación a los dirigentes ajenos a la Conserjería de Empleo porque sostiene que no se había demostrado que fueran conocedores del hecho de que los funcionarios de la Consejería estaban adjudicando los caudales públicos de manera fraudulenta en beneficio ilícito de terceros. Al menos, no con el alto grado de probabilidad con el que tendrían que habérselo representado para que se tratase de dolo eventual y no simplemente de imprudencia.

Y ello en una estructura que «necesariamente se rige por el principio de confianza» en el reparto de funciones. El comentario de M. ROCCASALVO, mencionado en el apartado 3.2.1 sobre el delito de prevaricación, critica la argumentación del voto particular, principalmente por centrarse en el elemento subjetivo (ausencia de dolo), aunque en realidad lo que niegue es que haya un riesgo *ex ante* objetivamente típico y, por tanto, el tipo objetivo (pp. 708-717).

Sobre la delimitación de los ámbitos de aplicación de los delitos de malversación y fraude de la administración debe tenerse en cuenta la *STS 1286/2023, de 27 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1286)*, sobre adjudicaciones ilegales de contratos de distintas Administraciones y entidades públicas, que desestima la impugnación de la aplicación de un concurso medial entre el delito de fraude y malversación de caudales por vulneración del principio *non bis in idem*. Y lo hace principalmente porque entiende que «injustos» no se solapan, a diferencia de lo que ocurriría con el delito de fraude y estafa a la Administración: mientras que el delito de fraude protege la confianza pública en la Administración, y por tanto no exige un resultado, la malversación sí lo requiere porque castiga sobre todo conductas que perjudiquen a las arcas públicas. Así, en el FJ 28.º recuerda que, aunque la jurisprudencia venía manteniendo que el delito de malversación tenía naturaleza pluriofensiva —vulneración de la confianza en el buen funcionamiento de la Administración y perjuicio de los intereses patrimoniales y económicos de los entes públicos—, la inclusión del ánimo de lucro como requisito del tipo penal decantó la balanza a favor del carácter patrimonialista como bien jurídico *prevalente* en el delito de malversación. Por otro lado, el delito de fraude del art. 436 CP se estructura como delito de mera actividad (concertarse con otros o usar cualquier artificio para defraudar a un ente público, es decir, una *maquinación* para «despatrimonializar» al Estado), que no precisa que se produzca ningún resultado para «rellenar la tipicidad» del delito. Por esta razón, cuando exista maquinación o engaño además del perjuicio económico, deberá tratarse como un concurso real de delitos (por la pluralidad de acciones) entre el fraude y la malversación, «siendo el fraude medio para la comisión de la malversación lo que comporta la previsión penológica del art. 77 CP».

Sobre cuándo unos caudales adquieren jurídico-penalmente el carácter de «públicos» es relevante la *STS 815/2022, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3703)*, acerca de la concesión de un crédito por parte de la entidad Invercaria, cuyo socio único era un organismo público (la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía «IDEA»), a una empresa en una situación económica muy delicada —tanto que fue declarada poco después en concurso fortuito—, omitiendo las mínimas precauciones en la operación y eludiendo todo procedimiento formal. La defensa sostuvo que los caudales no eran públicos porque se trataba de una sociedad de capital de riesgo que perseguía una actividad lucrativa (entre otras cosas, concedía préstamos supeditados a la devolución de intereses). Además, como parte de su capital era de procedencia privada —como las devoluciones de los préstamos con los intereses—, no era posible saber si la inversión objeto del procedimiento penal lo era con dinero de procedencia privada o pública, «por lo que, ante la duda, los hechos no pueden ser calificados como delito de malversación».

En el FJ 3.º, el TS analiza la constitución de Invercaria, cuyo objeto social (como facilitar el acceso al crédito bancario de empresas andaluzas), órganos de administración y capital eran completamente públicos, y cuyo único accionista era la Agencia IDEA de la Junta de Andalucía. Se basa en normativa europea, tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como en el art. 2 de la *Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio, sobre la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas con participación pública*, para determinar que Invercaria tiene carácter público a efectos del delito de prevaricación y malversación porque empresa pública es cualquier empresa en la que los poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, una *influencia dominante* en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen, como entiende que es el caso. Por esta razón, las actividades que «arriesgan fondos públicos» están condicionadas por principios administrativos como los de publicidad y concurrencia, que no son meras proclamaciones vacías, sino que pueden ser susceptibles de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación si se dictan de forma arbitraria, y deben ejecutarse adoptando unos mínimos deberes de cuidado, como la comprobación de la situación económica y contable, para excluir la responsabilidad por malversación si se acaba perjudicando económicamente a la Administración pública.

Finalmente, sobre la relación entre los delitos de malversación y prevaricación, el TS confirma debe ser de concurso medial porque la malversación no agota el injusto material de una conducta que defrauda específicamente la confianza pública en la Administración. Citando jurisprudencia anterior, mantiene que «[c]uando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos se detecta un plus de antijuridicidad: A la acción afectante del patrimonio público, se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones administrativas. Malversar confiriendo al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación» (FJ 3.º).

En sentido contrario, no toda decisión administrativa irregular que integre un delito de prevaricación, como una contratación irregular, constituye automáticamente un delito de malversación cuando se ejecuta. En la ya mencionada *STS 769/2022, de 15 de septiembre*, el Tribunal recuerda que en estos casos el apartamiento de la legalidad es predicable de la celebración de los contratos, pero no del pago que materialmente han llegado a obtenerse, pues lo contrario sería un claro supuesto de enriquecimiento injusto para el perceptor del servicio. En estos casos sostiene que prevalece la obligación de satisfacer las deudas que guardan correspondencia real con la obtención de la prestación, como era el caso, porque esta surgía de un acto administrativo dotado de plena eficacia (FJ 12.º3). En otras palabras: una decisión prevaricadora que conlleve un pago sólo será además malversadora si la cuantía desembolsada no está justificada, por ejemplo, por tratarse de un precio irreal o por haberse abonado una cantidad que no se corresponde con los trabajos efectuados. Por ejemplo, en la *STS 442/2022, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1637)*, se condena por malversación porque la contratación irregular tenía como objeto la realización de una actividad inexistente (FJ 3.º). En este supuesto se simulaba la contratación, a cargo de una empresa dependiente de la Diputación de Valencia, de una persona para

que realizase las funciones de Coordinación de Brigada Forestal, aunque sin la intención de que desempeñase tales funciones sino otras de asesoría.

Al haberse reformado los delitos de malversación muy recientemente, en la *Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre*, son escasos los comentarios doctrinales sobre la nueva configuración de los delitos de malversación. Además de los comentarios académicos ya reseñados en el apartado 2.1 sobre las modificaciones legislativas, en algunos textos de 2022 se analiza la regulación de los delitos de malversación de caudales públicos de acuerdo con la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*, como en M. E. ROSSO PÉREZ, «La malversación de caudales públicos», *Diario La Ley*, núm. 10.108, Sección Tribuna, 12 de julio de 2022, que expone los caracteres básicos de la regulación; y se ponen en relación con las (en ese momento) proyectadas reformas en J. J. ROMERO ABOLAFIO, «El delito de malversación en clave de integridad pública: situación actual y perspectivas de reforma», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 138, III, Época II, 2022, pp. 131-178. Es muy ilustrativo e incisivo el capítulo de libro de N. DE LA MATA BARRANCO, «Administración desleal de dinero público: la nueva malversación», en M. OLMEDO CARDENETE, N. CASTELLÓ NICÁS, M. J. JIMÉNEZ DÍAZ, J. BARQUÍN SANZ y C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (coords.), *Estudios en Homenaje al Prof. Dr. D. Jesús Martínez Ruiz*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 509-518; así como las consideraciones de M. A. MORALES HERNÁNDEZ en esa misma obra colectiva, en «Nuevas situaciones de concurrencia delictiva originadas entre delitos que persiguen la corrupción pública tras las últimas reformas penales», pp. 487-496. De N. DE LA MATA BARRANCO también es muy útil una esquemática entrada en el *blog Almacén de Derecho*, «La reforma de la malversación: ¿para qué?», publicada el 2 de enero de 2023; y sobre un aspecto muy concreto (concesión arbitraria de una beca) es muy valioso el comentario de M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delito de malversación: concesión arbitraria de una beca por parte de una fundación privada vinculada a una empresa pública cuyo capital es mayoritariamente público», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 65, 2022, pp. 305-314. Por último, los Manuales de la Parte Especial del Derecho penal tratan este delito (aunque es preciso señalar que sólo está actualizado el de J. M. SILVA SÁNCHEZ): en el coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, en la sección escrita por L. POZUELO PÉREZ, núms. 16.880-16.907; en el de J. M. SILVA SÁNCHEZ, en el Capítulo 16 escrito por I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (pp. 401-421); en el que dirige L. MORILLAS CUEVA, en el Capítulo 54, del propio director (pp. 1305-1318); en el de F. MUÑOZ CONDE, en el Capítulo XLII (pp. 1003-1007); en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en la Lección XXXVIII (pp. 730-733), escrita por E. ORTIZ BERENGUER; o en el Tema 29 del Manual dirigido por C. ARMENDÁRIZ LEÓN, a cargo de J. GÓMEZ LANZ (pp. 497-408).

4. CONCLUSIONES

Primera. Que las modificaciones legislativas más relevantes incluyen la reestructuración de los delitos de malversación (volviendo al modelo anterior a la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*) y la creación de un delito de enriquecimiento ilícito

(art. 438 *bis* CP). Se castigan tres modalidades de malversación: la apropiación de patrimonio público con ánimo de lucro (nuevo art. 432 CP); el uso temporal de bienes públicos y su reintegro (art. 432 *bis* CP); y los desvíos presupuestarios o gastos de difícil justificación (art. 433).

Segunda. Que la Ley 2/2023 de protección de los informantes (*whistleblowers*) no impide que los informantes incurran en responsabilidad penal respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente (art. 38.2). Tampoco prevé la eliminación o atenuación de la responsabilidad penal de los que participan en un hecho delictivo, pero después lo denuncian, como propone la doctrina.

Tercera. Que, en la sentencia del caso *de los ERE*, el concepto de «resolución» de los delitos de prevaricación se interpreta de manera amplia, incluyendo los acuerdos prelegislativos que deben ajustarse a una legalidad mínima (y que no quedan, por tanto, abarcados por la inmunidad parlamentaria), siempre que sean determinantes para la consecución del resultado ilegal, que en ese caso era la irregular gestión de los fondos públicos.

Cuarta. Que la adopción de cautelas *ex ante* (y no *ex post*) con buena fe, así como la ausencia de acciones encaminadas a *ocultar* o *engañar*, son criterios que emplea la jurisprudencia normalmente para excluir la aplicación del delito de prevaricación (en cualquiera de sus modalidades) por entender que no se ha actuado «a sabiendas de la injusticia», «en clara ilicitud», o con «*actitud grosera* [hacia la legalidad]».

Quinta. Que la jurisprudencia admite la aplicación de la prevaricación en comisión por omisión cuando se dan las condiciones que obligan al funcionario público o a la autoridad a actuar (p. ej., un informe vinculante que obliga a detener unas obras) y no lo hace.

Sexta. Que el elemento «realizar en el ejercicio de su cargo» del delito de cohecho no exige que se trate del funcionario *encargado* del acto, sino que basta que tal acto se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho.

Séptima. Que si bien la relación entre el delito de cohecho y el tráfico de influencias es de absorción del primero por el segundo porque ambas tienen por bien jurídico protegido la objetividad e imparcialidad en el desempeño de la Administración pública; la relación entre el cohecho y el blanqueo de capitales, que castiga el encubrimiento u ocultación de la procedencia ilícita de los bienes, es de concurso de delitos.

Octava. Que para la «disposición efectiva» de caudales públicos en el delito de malversación no se precisa una inmediata posesión o tenencia de los fondos, sino que lo relevante es que exista una relación especial entre el agente y los caudales que le permita disponer de los mismos por sí mismo o a través de un tercero. Es decir, que lo importante es que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones. Y esto es así para evitar, como señala la sentencia del caso *de los ERE*, que resulten beneficiados —de una interpretación que asimile la «disposición» a una relación inmediata o material— los rectores y dirigentes políticos de la Administración pública frente a los funcionarios de rango inferior que desempeñan funciones secundarias y subordinadas.

