

Responsabilidad penal y ayuntamientos

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

Fiscal (Fiscalía Provincial de Granada. Sección de Medio Ambiente y Urbanismo)

Palabras clave: urbanismo; corrupción; delitos

Key words: urban planning; corruption; criminal law

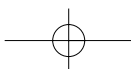
SUMARIO: I. ACTIVIDAD MUNICIPAL Y CORRUPCIÓN URBANÍSTICA.—1. Introducción: los procesos en curso por posibles tramas locales de corrupción urbanística.—2. Aportaciones doctrinales en materia de lucha contra la corrupción urbanística.—3. Urbanización extensiva y actuaciones de «funcionarios locales corruptos»: el informe *Auken* de 10 de diciembre.—II. JURISPRUDENCIA PENAL RELACIONADA CON LA ACTIVIDAD MUNICIPAL.—1. Delitos de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos.—2. Malversación de caudales públicos.—3. Delitos contra los derechos cívicos.—4. Otros delitos relacionados con la actividad municipal: negociaciones prohibidas a funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función, violación de secretos e infidelidad en la custodia de documentos.—5. Atentados contra cargos públicos municipales.—6. Algunos supuestos de responsabilidad criminal relacionados con la actuación de agentes de los cuerpos locales de policía.

I. ACTIVIDAD MUNICIPAL Y CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

1. Introducción: los procesos en curso por posibles tramas locales de corrupción urbanística

Los grandes procesos relativos a posibles tramas municipales de corrupción urbanística han seguido su curso durante el año 2008. Estas causas, de indudable complejidad, siguen sumidas en una fase instructora que parece no ver su fin. Afortunadamente, mientras se tramitan estos «macroprocesos»¹ se celebran vistas orales y se dictan sentencias,

¹ Que se conocen normalmente con el nombre de la investigación policial que les dio origen —como acredita que el proceso paradigmático entre los de este tipo siga identificándose públicamente con la denominación de *Operación Malaya*—. Fenómeno éste que es probablemente preferible al que se produce en otras causas que carecen de un «tirón» mediático tan continuado, en las que la investigación judicial no tiene otra forma de identificación posible que la utilización convencional del nombre de la propia localidad afectada.



muchas de ellas condenatorias, por delitos urbanísticos de objeto más claro y reducido. La tramitación simultánea de estas pequeñas investigaciones, mucho menos conocidas, ha permitido que algunas de las personas imputadas en las causas más mediáticas cumplan penas de prisión sin necesidad de esperar al resultado de la lenta investigación de las grandes «tramas». En cualquier caso, respecto de éstas ni se ha dictado sentencia ni se ha celebrado el juicio oral. Por este motivo, el imprescindible respeto a los derechos de los imputados, y singularmente a la presunción de inocencia —con la consiguiente obligación extraprocésal de evitar los denominados «juicios paralelos»—, hace absolutamente improcedente cualquier comentario sobre sus incidencias. Lo más prudente y razonable sigue siendo esperar a que se dicte la primera sentencia sobre el fondo, para dar cuenta entonces de su contenido y de las cuestiones de interés que se planteen. Por tanto, me limitaré a señalar que en el año 2008 se ha iniciado la instrucción judicial de nuevas causas penales por posibles tramas de corrupción municipal, habiendo tenido especial resonancia la que investiga la actuación de cargos públicos del ayuntamiento de Estepona.

No obstante, la relevancia jurídica del problema, que trasciende a los concretos procesos en curso, hace necesaria una breve referencia a las aportaciones doctrinales que se han realizado en 2008 al estudio de la utilización delictiva de las potestades urbanísticas locales. Por otra parte, no cabe duda de que la alarma generada trasciende nuestras fronteras. Así lo pone de relieve que el 10 de diciembre se presentara a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo un durísimo informe sobre el fenómeno de «urbanización extensiva» de la costa española, que menciona expresamente la actuación ilegal de «funcionarios locales corruptos» como una de las principales causas del problema medioambiental y social generado. El informe llega a proponer la retirada de los fondos comunitarios que España recibe de la Unión Europea hasta tanto no se solucione la situación de desorden urbanístico y corrupción que describe.

2. Aportaciones doctrinales en materia de lucha contra la corrupción urbanística

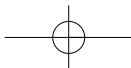
En el año 2008 se han realizado publicaciones de interés sobre los remedios estrictamente jurídicos que pueden contribuir a evitar la comisión de los delitos relacionados con el urbanismo. Es el caso del artículo de J. F. LÓPEZ DE HONTANAR SÁNCHEZ titulado «El mecanismo del silencio positivo en la concesión de las licencias, ¿es una vacuna contra la corrupción urbanística?» (*Revista Práctica Jurídica*, núm. 74, septiembre, 2008). El autor estudia la interpretación de los requisitos del silencio positivo que viene realizando la Sección 2.^a del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desde el año 2004 con la convicción de que puede contribuir a prevenir la comisión de infracciones penales. Desde luego, el fenómeno del silencio administrativo positivo —y el amplio juego que tiene en ámbitos tan significativos como el urbanístico— ha obligado a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a admitir —desde el pleno no jurisdiccional de 1997 en el

que se adoptó un acuerdo al afecto— la posibilidad de cometer el delito de prevaricación en «comisión por omisión» de forma que no se privilegie la conducta más hábil —desde el punto de vista criminal— de la autoridad administrativa que, en lugar de dictar la resolución arbitraria, se limita a dejar transcurrir el plazo previsto para resolver, consiguiendo así idéntica lesión del bien jurídico protegido. La clarificación de los supuestos en que opera el silencio, como garantía del administrado, y la delimitación exhaustiva de los requisitos que han de cumplirse para obtenerlo, pueden contribuir decisivamente a reducir el margen de elusión pasiva de los mandatos legales vinculantes. Y, a la inversa, puede evitar que las autoridades y funcionarios municipales renuentes a conceder las licencias legalmente procedentes sin la previa percepción de diversas liberalidades ejerzan una presión efectiva sobre los promotores afectados.

Un examen completo de los distintos factores que inciden en la manipulación de las potestades municipales relacionadas con la utilización del suelo puede encontrarse en el artículo publicado en el núm. 45 de *La Ley Penal* (pp. 66 a 91) por N. SANZ MULAS con un título contundente: «Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)». Es singularmente destacable la atención pormenorizada que la autora dedica a los distintos fenómenos criminógenos que han llevado a la situación actual, con singular mención del absoluto debilitamiento de la vinculación a la Ley en el ejercicio de potestades urbanísticas regladas —como la de restablecimiento de la legalidad conculcada.

La perspectiva criminológica tiene una rigurosísima y profunda manifestación en el prolijo estudio de la corrupción urbanística que vienen desarrollando los investigadores del Instituto Andaluz de Criminología de la Universidad de Málaga. En 2008 se ha recogido otro valioso fruto de la enjundiosa tarea realizada por los miembros de esta institución. Se trata del artículo «La corrupción urbanística. Estrategias de análisis» publicado por J. L. Díez Ripollés y A. Gómez Céspedes en el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (núm. 12, 2008, ejemplar dedicado a «Urbanismo y corrupción» coordinado por Á. Menéndez Rexach). En esta misma publicación se han incluido otros dos estudios igualmente destacables. Por una parte, L. Pozuelo Pérez ha abordado con carácter general el análisis de los diversos mecanismos de reacción penal frente a la criminalidad ligada al urbanismo («La respuesta penal a la delincuencia urbanística», pp. 71 a 98). Por otra parte, destaca la singular perspectiva del trabajo denominado «Medidas contra la corrupción urbanística: la visión del promotor», realizado por S. Liñana Ribera y M. Liedo Álvarez (pp. 207 a 218).

Tampoco han faltado estudios atentos a una de las cuestiones prácticas más relevantes —que tendrá un especial protagonismo en los juicios orales a celebrar por las más sonadas investigaciones por prevaricaciones, cohechos y malversaciones relacionadas con el uso de las potestades urbanísticas—: la prueba. A esta cuestión se refiere el artículo «Del indicio a la prueba en la corrupción urbanística», de J. C. Allí Aranguren que se publicó el año pasado en *Auditoria Pública: revista de los órganos autónomos de control externo* (núm. 46, pp. 85 a 96).



3. Urbanización extensiva y actuaciones de «funcionarios locales corruptos»: el informe *Auken*, de 10 de diciembre

El pasado 10 de diciembre se presentó el «Proyecto de Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho Comunitario» (ponencia de M. AUKEN, y más conocido como *Informe Auken*). El texto deja muy mal parados a los ayuntamientos españoles y, en lo que aquí nos interesa, se refiere a los procesos penales por corrupción urbanística en curso en los que están imputados «funcionarios locales corruptos». Así, se expresa en la letra «L» de los «considerandos» del informe:

«La inquietud acerca del desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente y el suministro y la calidad de las aguas, así como con respecto a los procedimientos de contratación pública, por lo general *en relación con las deficiencias en el control de los procesos de urbanización por parte de las autoridades de las comunidades autónomas y locales en España*».

La letra «M» destaca a continuación la reciente reacción de las autoridades judiciales españolas —aunque constata la excesiva lentitud de los procesos en curso:

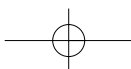
«Existen cada vez más pruebas de que las autoridades judiciales en España han empezado a reaccionar ante el reto que supone la urbanización excesiva en muchas zonas costeras, en particular mediante la investigación y la imputación de cargos contra funcionarios locales corruptos, quienes, por sus acciones, han facilitado desarrollos urbanísticos no reglamentados sin precedentes en detrimento de los derechos de los ciudadanos europeos, que han conllevado daños irreparables a la biodiversidad y a la integridad medioambiental de muchas regiones de España».

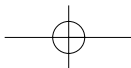
En la letra «V», se añade que las investigaciones realizadas por la Comisión de Peticiones han revelado que:

«Con frecuencia, muchas autoridades locales y regionales malinterpretan gravemente estos objetivos (no sólo en las regiones costeras) a la hora de proponer o acordar programas urbanísticos extensos; [...] la mayoría de los planes urbanísticos denunciados por las peticiones conllevan la reclasificación de suelo rural a suelo urbanizable, para el provecho económico considerable del agente urbanizador y el promotor; [...] hay muchos casos de terrenos protegidos, o terrenos que deberían protegerse en vista de su vulnerable biodiversidad, que se desclasifican y reclasifican, o no se clasifican en absoluto, precisamente para permitir la urbanización de la zona en cuestión».

En la letra «Y» se estima que la causa principal de esta lacra se encuentra en la «conducta especulativa de algunas autoridades locales y miembros del sector de la construcción»:

«Las islas y las zonas mediterráneas de España han sufrido una *destrucción masiva en la última década*, ya que el cemento y el hormigón han saturado esas regiones, de tal forma que han afectado no sólo al frágil medio ambiente costero, la mayor parte del cual está nominalmente protegido [...], sino también la actividad social y cultural de muchas zonas, lo que constituye una *pérdida trágica e irreparable de su identidad y legado culturales, así como de su*





integridad medioambiental, y todo ello principalmente por la avaricia y la conducta especulativa de algunas autoridades locales y miembros del sector de la construcción que han conseguido sacar beneficios masivos de esas actividades, la mayoría de los cuales se han exportado».

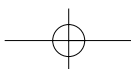
II. JURISPRUDENCIA PENAL RELACIONADA CON LA ACTIVIDAD MUNICIPAL

1. Delitos de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos

El año 2008 nos ha permitido observar en una sola *sentencia* —núm. 189, de 25 de abril (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, Ponente: Julián Sánchez Melgar, RJ 1855) relativa a la posible prevaricación de un alcalde y un arquitecto municipal— el interesantísimo contraste de las dos perspectivas que pugnan en la Sala 2.ª del Tribunal Supremo sobre la interpretación del tipo objetivo del delito de prevaricación. En este caso, el criterio de la mayoría se inclina por la interpretación tradicional, que exige la flagrancia de la ilegalidad cometida —y que fusiona así con discutible acierto los elementos subjetivos y objetivos de la conducta en un único requisito, de forma que la contradicción con el Derecho siempre ha de ser tan «grosera» que no pueda pasar desapercibida para nadie—. En cambio, el voto particular que acompaña a la resolución se decanta por la nueva perspectiva —que separa analíticamente los elementos objetivos y subjetivos para reconstruir la racionalidad del autor en las circunstancias del caso concreto.

En el supuesto resuelto, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona había absuelto de los delitos de prevaricación imputados a los dos acusados. Uno de ellos, de profesión arquitecto, había sido elegido alcalde de la localidad de Palau de Plegamans. El otro ejercía las funciones de arquitecto municipal. El primero —como miembro de la Comisión de Gobierno— había votado a favor de la concesión de cuatro licencias para la ampliación y mejora de varias viviendas. Contaba para ello con el informe favorable del segundo acusado. Los proyectos de obras estaban firmados por el propio alcalde, que los había elaborado en el ejercicio privado de su profesión. Las licencias fueron concedidas a pesar de que la Generalitat había suspendido la vigencia del Plan Parcial de desarrollo del sector. Por efecto de esta suspensión, el suelo afectado tenía el carácter de suelo urbanizable no programado, estando pendiente aún la aprobación de un proyecto de reparcelación. En el pleito contencioso-administrativo paralelo, el Tribunal Supremo había declarado que una de las licencias afectadas, aun siendo ilegal, no era gravemente contraria al ordenamiento urbanístico ya que gran parte del Plan Parcial había sido ejecutado de facto. A la vista de este pronunciamiento, el tribunal penal estimó que no se podía atribuir a los acusados una ilegalidad flagrante y clamorosa, existiendo más bien una «dudosa» ilegalidad administrativa, sin relevancia en el ámbito criminal.

El Ministerio Fiscal recurrió en casación la sentencia absolutoria de instancia y el Tribunal Supremo desestimó el recurso en la resolución que comentamos. Descarta en primer lugar la Sala 2.ª la concurrencia del elemento objetivo del tipo —la «resolución



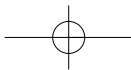
arbitraria»—. Estima que, vista la opinión que la ilegalidad cometida merece a la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en la sentencia contencioso-administrativa, no podemos estar ante una ilegalidad grosera, patente o clamorosa. Por este motivo, centran los magistrados sus razonamientos en la infracción consciente del deber de abstención por parte del alcalde de la localidad —al haberse declarado probada la intervención profesional privada en calidad de arquitecto y el posterior voto favorable a las solicitudes de licencia—. El Tribunal Supremo descarta que la sola infracción del deber de abstención sea determinante del delito de prevaricación. Afirmar la sentencia que:

«Es meridiano el deber de abstención del alcalde al conocer sobre la resolución administrativa que pueda conceder o denegar una licencia municipal de obras de la que previamente ha sido firmante en concepto de arquitecto privado, es lo cierto que ello no originaría más que la nulidad (formal) de la resolución administrativa, por infracción de tal deber de abstención, pero *no supondría la ilegalidad de su concesión en términos de ilegalidad material de la misma*, que ha de ser enjuiciada en términos de ajuste de lo resuelto con el ordenamiento jurídico. Resolver de otra forma supone la persecución penal de una autoridad municipal sin la clara constancia y existencia del elemento normativo del tipo, que es la ilegalidad patente de la resolución administrativa, al punto que debe ostentar el carácter de arbitraria, pero con perspectiva de fondo de la cuestión resuelta administrativamente. Dicho de otra forma: *cualquier infracción de las normas de abstención, supondría la comisión de un delito de prevaricación, lo que se compadece mal con la consideración del Derecho penal como "última ratio", máxime en esta materia donde el control jurisdiccional del Derecho administrativo debe ser lo ordinario, y el control penal, lo excepcional*».

Del criterio de la mayoría discrepa, sin embargo, el magistrado José Antonio Martín Pallín en un interesante voto particular. Pone de manifiesto el magistrado que el criterio de la mayoría se aparta de la nueva tendencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual ya no se examina la arbitrariedad de la resolución en relación con la flagrancia de la contradicción con el Derecho —pues la autoridad que quiere vulnerarlo suele buscar con habilidad algún tipo de cobertura interpretativa con la que conseguir el efecto deseado—. Entiende además que con la perspectiva tradicional quedaban sin sanción penal conductas en las que se infringía conscientemente el precepto aplicable sin más intención que sustituir la voluntad de la Ley por la personal del aplicador. Valora el magistrado discrepante esta evolución del modo que sigue:

«La antigua percepción jurisprudencial de que la prevaricación sólo existía cuando exigía que la ilegalidad o la injusticia fuese patente, clamorosa, indiscutible e incluso se llegó a decir que esperpéntica, *no era más que un juego de palabras evasivo para evitar supuestos en los que la decisión podía ser discutible pero no encajaba en la racionalidad y contenido de la norma*. Posteriormente una evolución positiva de la anterior concepción nos ha llevado a que la esencia de la ilegalidad, injusticia y arbitrariedad radica en la *insuperable contradicción con el Derecho de tal manera que la vulneración a sabiendas de la norma es clara*».

De ahí que haya de examinarse separadamente —para evitar una arbitraria confusión de lo subjetivo y lo objetivo— la ilegalidad objetiva de la resolución adoptada del cono-

**Responsabilidad penal y ayuntamientos**

491

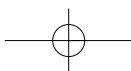
cimiento de esa ilegalidad por parte de la autoridad y funcionario público responsables. En el plano objetivo, el magistrado estima que en el caso enjuiciado se había infringido claramente el art. 104 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico. Se habían concedido las licencias de obras sin previa adopción del acuerdo aprobatorio de la reparcelación. La suspensión de las licencias que se produce desde el inicio del expediente de reparcelación hasta la aprobación de ésta abarca también, según recuerda el autor del voto, las licencias de reforma de edificaciones preexistentes. En el plano subjetivo, el magistrado valora la cualificación profesional de los dos acusados, arquitectos de profesión. Sus especiales conocimientos incluían, sin duda, la imposibilidad de conceder las licencias sin la previa reparcelación, dado que se trataba de suelo urbanizable no programado.

Entiende el voto particular que en la racionalidad de los acusados la resolución era indudablemente arbitraria, en cuanto que la solución que podían entender como ajustada a Derecho era la de denegar las licencias. Por eso la intención que guiaba su actuación era la sustitución de la voluntad de la Ley por la propia. El magistrado discrepante opina que «[a]nte todas estas circunstancias nos encontramos frente a una decisión, por parte de los acusados, manifiestamente ilegal, contraria al ordenamiento y arbitraria, que debió ser calificada como delito de prevaricación».

Finalmente, resulta llamativo que en este supuesto no se planteara por la acusación la aplicación subsidiaria del art. 441 CP, relativo justamente a la violación consciente de las incompatibilidades que afectan a una autoridad o funcionario público. Este precepto ya ha dado pie a varios pronunciamientos condenatorios de Audiencias Provinciales en supuestos muy similares al que nos ocupa. Sin embargo, también es cierto que no faltan los pronunciamientos contrarios. Sin ir más lejos en el año 2008 encontramos la SAP de Toledo —Sección 1.ª— núm. 22, de 10 de abril (JUR 296360), que descarta la comisión de este delito a pesar de que se considera probado que el acusado, como concejal, había intervenido y votado en los plenos y comisiones de gobierno en los que se habían aprobado licencias a favor de su empleador, cambios de titularidad del bar de la gasolinera de que el acusado era encargado, y una modificación de las Normas Subsidiarias que beneficiaba a su madre y a su empleador.

No menos interesante es el caso debatido y resuelto por la *Sala 2.ª del Tribunal Supremo en la Sentencia 773, de 19 de noviembre (Sección 1.ª, Ponente: Ramos Gancedo, RJ 7271)*. En concreto, la resolución se plantea si puede constituir un delito de prevaricación administrativa la decisión del alcalde de levantar la sesión de un pleno extraordinario que acaba de iniciarse —y en la que debe debatirse la supuesta comisión de un delito de malversación por su parte—. La perspectiva jurídica utilizada es, esta vez, la más moderna y adecuada al texto del art. 404 CP, pues deslinda el requisito objetivo de la «resolución arbitraria» y el subjetivo del conocimiento de la injusticia.

El asunto tratado está íntimamente ligado a la previa comisión de un delito de malversación. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Málaga consideró acreditado que el alcalde de Gaucín, aprovechando la ausencia por vacaciones del secretario-interventor



y teniendo la intención de disponer para sí mismo de fondos municipales, había ordenado el libramiento de mandamientos de pago en concepto de adquisición de terrenos «de gran interés municipal» en la Sierra del Hacho, emitiendo para ello los correspondientes cheques contra dos cuentas bancarias del ayuntamiento y disponiendo por este sistema de unos 200.000 euros. Al comprobar con posterioridad el secretario-interventor los movimientos bancarios correspondientes, y al no obtener explicación alguna del alcalde, denunció el desfase presupuestario ante la Fiscalía. El acusado consiguió reunir las cantidades que aún debía y devolverlas a la Corporación. Cuatro concejales de la oposición solicitaron la celebración de un pleno extraordinario para que el alcalde y el tesorero dieran explicaciones. Sin embargo, el alcalde se negó a convocar el pleno, haciéndolo en su lugar la secretaria en funciones, que fijó fecha para su celebración. Llegada ésta, el acusado habló durante diez minutos y acto seguido levantó la sesión impidiendo que pudiera debatirse el orden del día previsto y ordenando a la Policía Local que desalojara el salón de plenos. El tribunal provincial condenó al acusado por un delito continuado de malversación de caudales públicos y un delito de prevaricación.

La sentencia de casación considera que la aplicación del tipo penal de malversación continuada —conforme a los arts. 74 y 433 del texto punitivo— es correcta pues se corresponde con la «berroqueña rotundidad y contundencia de los hechos probados». El Tribunal Supremo estima irrelevante que existiera una consignación presupuestaria para la adquisición de terrenos municipales, pues se trataba de una mera excusa con la que justificar el libramiento de los mandamientos de pago. Señala la resolución que el acusado guardaba después el dinero en su domicilio y no existía expediente administrativo alguno para llevar a efecto la supuesta compra ni conocimiento de esta ficticia operación por parte de la Comisión de Gobierno Local. Descarta el Alto Tribunal que pudieran dedicarse las cantidades sustraídas a otras finalidades públicas, puesto que no existe ninguna justificación documental de esas supuestas actuaciones. Además, del hecho de que el acusado acudiera a terceras personas para proceder a la devolución del dinero «se infiere racionalmente que hubo de gastarlo en necesidades o asuntos propios ajenos a la función pública». Considera finalmente que la devolución de las cantidades ilícitamente apropiadas no puede justificar la aplicación de la atenuante de reparación del daño puesto que ya fue motivo determinante de la aplicación de un específico subtipo atenuado de malversación.

Se extiende la sentencia con mayor detenimiento en la aplicación al supuesto fáctico de los elementos del delito de prevaricación. La sentencia se adscribe a la más moderna —y jurídicamente más sólida— tesis jurisprudencial sobre este tipo delictivo, que ya no se hace depender del dato de la «fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el Derecho» derivada del carácter «patente» o «grosero» de la ilegalidad cometida. El elemento objetivo exigido por el tipo del art. 404 CP es la «resolución arbitraria». El Tribunal Supremo interpreta que este requisito debe relacionarse con la proscripción constitucional del ejercicio arbitrario del poder. Según expresa la sentencia:

«Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico *sino*,

pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución —por no tener su autor competencia legal para dictarla—, o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis».

En este sentido, entiende la Sala 2.^a que lo importante no son los adjetivos con los que se describe la ilegalidad cometida sino la sustancia de ésta y, por ello, «los supuestos de hecho en los que esos adjetivos se han utilizado». La resolución arbitraria no se identifica, pues, con toda resolución jurídicamente incorrecta y tampoco necesariamente con los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo. La «resolución arbitraria» que constituye en tipo objetivo del delito de prevaricación existe «cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal *sin ningún fundamento*, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte en un asunto administrativo». En tales casos se vulnera el bien jurídico protegido. Sólo cuando se da este requisito objetivo se puede examinar la concurrencia del tipo subjetivo y dilucidar, por tanto, si la resolución arbitraria se ha dictado a sabiendas de su injusticia.

Los requisitos de la conducta son, por tanto, los que claramente expresa la sentencia estudiada en el párrafo que a continuación se transcribe:

«Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; *en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, 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;* en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que *la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del Derecho*».

Estima la Sala de lo Penal que estos requisitos se dan en la conducta del alcalde acusado. Es especialmente contundente al catalogar como prevaricadora la acción de éste de levantar la sesión del pleno «apenas iniciada»:

«[...] impidiendo el debate y la adopción de eventuales resoluciones por el pleno del Consistorio, sobre una cuestión de indudable gravedad, frustrando de manera obscena los derechos de los legítimos representantes del pueblo, y todo ello con la finalidad personalísima de evitar la polémica sobre una conducta precedente del acusado de contornos delictivos ejecutada en perjuicio de los intereses municipales, llegando en su desmesura a actuar *manu militari* contra los concejales con escandalosa arbitrariedad y abuso de poder ordenando su desalojo por la policía; esta sucesión de acciones, decimos, son *[sic]* irregulares, ilegales y más que injustas, inicuas, que integran sobradamente el tipo delictivo que, con todo acierto, aplicó el tribunal sentenciador».

Confirma, por tanto, el Tribunal Supremo la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Málaga.

El comportamiento arbitrario de un alcalde en un pleno extraordinario también ha motivado una condena por prevaricación en la *SAP de Las Palmas —Sección 2.ª— núm. 53, de 18 de abril (JUR 244455)*. En este caso, el alcalde, conociendo que dos de los concejales que habían pedido la convocatoria de un pleno extraordinario no habían sido debidamente notificados, decidió proceder a su celebración urgente —sin motivo suficiente—, impidiendo así a las dos afectadas participar en la sesión. El tribunal provincial considera que:

«En este caso tenía que constarle necesariamente al acusado que es arbitrario convocar como urgente un pleno extraordinario que se le había solicitado tan sólo dos horas antes, sin comprobar que el motivo de la urgencia estaba o no justificado. [...] Pero es que además de no estar justificada la urgencia de la convocatoria, en el pleno, antes de proceder a votar la ratificación de esta urgencia, se puso en su conocimiento por parte del señor secretario que dos de los concejales que habían solicitado el pleno, no estaban convocadas porque no se les había notificado».

El tribunal estima que es indiferente que el resultado de la votación no hubiera variado de haber asistido al acto las dos concejales afectadas, pues lo esencial es que se impidió a éstas de forma arbitraria el ejercicio de su derecho a la participación política recogido en el art. 23 CE. Impone la Audiencia la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público electo o de designación política.

Condena por delito de prevaricación al alcalde de la localidad de Torredonjimeno la *SAP de Jaén —Sección 3.ª— núm. 14, de 25 de enero (ARP 379)*. Se da por probado que el acusado, en el ejercicio de sus funciones, ordenó la demolición del edificio de viajeros de la estación de ferrocarril de la localidad, perteneciente a RENFE, decisión que se ejecutó al día siguiente. Señala la resolución que «la decisión se adoptó sin declarar previamente la ruina del citado edificio, y sin concurrir causa alguna que justificase la necesidad o conveniencia para el interés público». Además, «la orden de demolición no se puso en conocimiento de los titulares del edificio, que se vieron impedidos de ejercitar sus derechos sobre la conservación de la construcción». La resolución deduce de la prueba practicada que el edificio afectado no se encontraba en estado de ruina inminente, con peligro para la seguridad pública o la integridad del patrimonio protegido, por lo que no era posible la aplicación de las medidas urgentes —como el apuntalamiento de la edificación— del art. 159.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre (de Ordenación Urbanística de Andalucía), ni mucho menos la declaración de ruina legal prevista en el art. 157 de esta disposición.

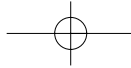
En cualquier caso, constata la sentencia que la declaración de tal situación de ruina habría exigido la tramitación de un procedimiento administrativo del que se prescindió enteramente —muy singularmente del imprescindible trámite de audiencia al interesado—. Tampoco considera la sentencia que existiera una situación fáctica asimilable a la fuerza mayor que permitiera la aplicación el art. 21.j) de la Ley de Bases de Régimen

Local —que faculta al alcalde, bajo su responsabilidad, a adoptar medidas urgentes necesarias en caso de catástrofe o infortunio, dando cuenta inmediata al pleno—. Y tampoco amparaba la actuación del acusado el art. 72 LRJ-PAC, puesto que la demolición no puede conceptuarse como una mera medida provisional, puesto que causa inevitablemente al afectado perjuicios de imposible o difícil reparación. Se impone por ello al alcalde acusado la pena de siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público, así como la obligación de indemnizar a RENFE en la cantidad de 34.058 euros por los daños derivados de la demolición, y al ayuntamiento de Torredonjimeno en la de 8.648,71 euros por los gastos ocasionados con la ejecución de la medida.

De la posible comisión de un delito de prevaricación en comisión por omisión se ocupa la *SAP de Madrid —Sección 5.ª— núm. 30, de 8 de abril (ARP 344)*. El tribunal provincial considera probado que el Interventor Municipal del ayuntamiento de Galapagar se subrogó en la titularidad de una licencia de obras, solicitando, una vez concluidas, la correspondiente licencia de ocupación. Esta petición fue informada desfavorablemente por el arquitecto técnico municipal, puesto que las obras se habían excedido de los límites de la autorización, por lo que debía solicitarse una nueva licencia en cuanto al exceso. No obstante, el expediente no recibió impulso alguno y quedó paralizada su tramitación. De esta forma, el funcionario municipal obtuvo la licencia solicitada.

La Audiencia dicta sentencia absolutoria por todos los delitos que venían imputados. En cuanto al delito de tráfico de influencias atribuido al Interventor Municipal, la Sala considera que no se ha practicado prueba bastante (exigiendo que ésta sea «contundente, clara y fiable») para acreditar la realización de la acción típica de este delito, que es la de «influir», prevalidándose el autor de su condición de funcionario del ente público, para el aseguramiento de un beneficio económico. Recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que la influencia se ejerza mediante un «acto concluyente, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo de manera que la resolución o actuación sea debida a la presión ejercida». Esto no puede confundirse con «la mera recomendación, insinuación o sugerencia sutil o difusa». Los magistrados analizan las pruebas testificales practicadas y llegan a la conclusión de que no hay datos que avalen el ejercicio de una verdadera presión moral con prevalimiento de la condición de funcionario público, por lo que descartan la concurrencia de este delito.

En cuanto al tipo de prevaricación imputado al alcalde, la sentencia reconoce la posibilidad de cometerlo «por omisión» conforme a la doctrina imperante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras el Pleno no jurisdiccional de 30 de junio de 1997 —motivado sobre todo por el amplio juego dado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al silencio positivo—. A estos efectos se precisa la concurrencia en la conducta de la autoridad o funcionario público de tres elementos: *a)* la equivalencia —conforme al art. 11 CP— de la no evitación del resultado a su causación, *b)* que el resultado no evitado sea típico, *c)* que se haya infringido un especial deber jurídico de evitar ese resultado en su posición de garante. La Audiencia madrileña vuelve a fundamentar la absolución en no

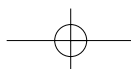


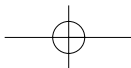
ser la prueba practicada «contundente, clara y fiable». Descarta la suficiencia de la declaración del arquitecto técnico municipal —que decía haber entregado el expediente con el informe desfavorable al alcalde, sin que le diera después trámite alguno— ante las contradicciones del testigo y su enemistad con el acusado.

Por último, la sentencia tampoco estima probada la comisión de una infidelidad en la custodia de documentos. Vuelve la resolución a echar de menos una prueba «contundente, clara y fiable» de la ocultación del expediente instruido para paralizar su trámite, remitiéndose nuevamente a las lagunas y contradicciones atribuidas a las testificales inculminatorias.

Confirma otro pronunciamiento absolutorio por delito de prevaricación la *SAP de Sevilla —Sección 1ª— núm. 75, de 11 de febrero (ARP 546)*. En este caso se presenta además un interesante problema de delimitación del delito del art. 404 del texto punitivo respecto del previsto en el art. 541 de la misma disposición normativa —relativo al castigo de la expropiación ilegal—. El Juzgado de lo Penal había absuelto al teniente de alcalde Delegado de Urbanismo y al Delegado de Interior del municipio de Écija de los delitos de prevaricación y expropiación ilegal imputados. Conforme a los hechos declarados probados, el ayuntamiento había acordado obras relativas a la realización de un bulevar que implicaban la retirada de la terraza y la demolición de la marquesina del negocio del denunciante. Éste dirigió dos escritos a la Corporación, mostrando su disconformidad. Los escritos no fueron contestados por el ente público, que ejecutó por simple vía de hecho el desmontaje de la terraza y la demolición de la marquesina. Así lo hizo la Policía Local con el auxilio de varios obreros, en virtud de una orden verbal. Esto supuso, evidentemente, la ocupación de facto de los terrenos —si bien una posterior sentencia contencioso-administrativa acordó reponer en sus derechos al perjudicado—. El Juzgado de lo Penal consideró que, ciertamente, se había acordado la eliminación del negocio del recurrente omitiendo todo procedimiento tendente a la expropiación de los derechos de éste sobre los terrenos afectados. No obstante, estimó que no se había probado con la suficiente claridad la identidad de la persona que había dado la orden verbal al efecto.

En su sentencia de apelación, la Audiencia Provincial de Sevilla recalca que la absolución acordada por el Juzgado de lo Penal obedece a las dudas relativas a la identidad del concreto funcionario que dio la orden controvertida. El pronunciamiento absolutorio no obedece, por tanto, a la valoración legal de los hechos, que serían en todo caso constitutivos de delito. A pesar de esta inicial constatación, los magistrados realizan un doble examen del asunto. En primer lugar, determinan cuál es el tipo legal realmente aplicable a los hechos declarados probados. En segundo lugar, analizan si la valoración probatoria que condujo a la absolución es fruto de una crítica razonable de la prueba personal —lo que no sería revisable en segunda instancia conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional— o a un error en la inferencia lógica del juicio probatorio de acuerdo con los datos objetivos que obran en la causa y a los propios «hechos-base» que se dan por probados.





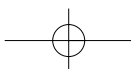
Responsabilidad penal y ayuntamientos

497

En lo relativo a la primera cuestión, señala el tribunal provincial que lo fundamental en el tipo de expropiación ilegal del art. 541 CP no es tanto el incumplimiento de los requisitos y trámites del procedimiento expropiatorio como el hecho de que la expropiación efectuada no esté amparada en uno de los supuestos contemplados en las leyes. Ha de tratarse de una «expoliación o confiscación de la propiedad privada, fuera de todo cauce legal y sin causa justificada de utilidad pública o interés social». Esto es, no toda irregularidad de procedimiento determina la presencia del tipo penal; ha de atentarse frontalmente contra la garantía constitucional de la propiedad, como se desprende de la ubicación sistemática de la infracción entre los delitos contra la Constitución. Por tanto, en los supuestos en que concurre verdaderamente una causa de utilidad pública o interés social que puede justificar la expropiación acometida, la mera vía de hecho no puede subsumirse en el tipo criminal del art. 541 CP. En tal caso podemos estar ante un delito de prevaricación por omisión de trámites esenciales pero no ante un tipo de expropiación ilegal.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, la Sala sevillana recuerda que las obras a ejecutar tenían por objeto la realización de un proyecto de urbanización tramitado con todas las formalidades legales, como acreditaba en el caso concreto una sentencia contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Existía, por tanto, un instrumento urbanístico que, conforme al art. 8.2 de la Ley del Suelo (8/2007) y el art. 160 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) implicaba la declaración de utilidad pública de las expropiaciones precisas para proceder a su ejecución. De ahí que, existiendo causa de utilidad pública, toda la carga criminal de los hechos deba ser llevada, según expone pulcramente el tribunal, a la posible prevaricación por la omisión de todo el procedimiento expropiatorio respecto a los concretos terrenos afectados. No existe, por tanto, el específico delito del art. 541 CP porque la expropiación llevada a efecto sí estaba amparada en uno de los casos admitidos por las leyes.

Centrado, por tanto, el posible delito concurrente, la Sala de la capital andaluza considera que «no cabe duda que la decisión de los funcionarios con capacidad de decisión en el ayuntamiento de ocupar unos terrenos sin expediente expropiatorio alguno *sí puede calificarse de resolución arbitraria constitutiva de un delito de prevaricación del art. 404 CP*». Expone la sentencia que el propio Tribunal Supremo —al menos en dos supuestos— ha considerado que la ocupación de terrenos al margen de todo procedimiento expropiatorio y constando la oposición del titular «desborda de manera clamorosa la legalidad, incluso constitucional» y puede subsumirse en el delito indicado. A pesar de esto, la Audiencia insiste en que la razón esencial de la absolución de instancia fue la falta de prueba de la identidad de los funcionarios que ordenaron la ocupación de los terrenos. La imposibilidad —derivada de una doctrina reiterada del Tribunal Constitucional— de revisar en apelación la prueba personal que ha llevado en instancia a una sentencia absolutoria —puesto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contempla la celebración de nueva vista— impide la anulación del pronunciamiento absolutorio. No se trata tampoco en este caso —recogiendo la resolución provincial las matizaciones que ha realizado el propio Tribunal Constitucional a su doctrina— de reconstruir las inferen-

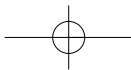


cias lógicas derivadas de «hechos-base» declarados probados por la propia sentencia de instancia. Se hace necesaria una nueva valoración de los testimonios de los policías locales actuantes, lo que está vedado al tribunal de apelación por la falta de intermediación. Habiendo valorado la juzgadora de instancia de forma razonable las contradicciones existentes entre las declaraciones sumariales y las del juicio oral prestadas por los agentes, no hay posibilidad de atacar el fallo absolutorio.

La lectura de esta SAP de Sevilla es muy recomendable. La calidad de los argumentos y la profundidad del análisis —notas a las que nos tienen, por cierto, bien acostumbrados varios magistrados de este tribunal provincial, entre ellos el Ponente de la sentencia estudiada, Miguel Carmona Ruano— no suele ser habitual, desafortunadamente, en los pronunciamientos de apelación de otras muchas Audiencias Provinciales. En algunos casos, la fundamentación jurídica en segunda instancia brilla por su ausencia, quizá por la mística fuente de conocimiento que otorga a los magistrados provinciales saberse el último tribunal en conocer del asunto —conforme a un obsoleto y absurdo sistema de recursos que excluye la casación en la inmensa mayoría de los supuestos delictivos—. Es seguro que otras Audiencias se habrían limitado a despachar el asunto con una sentencia «modelo» que rechazase de plano entrar en la valoración de la prueba personal en segunda instancia, sin afrontar el análisis de los delitos concurrentes —y, por tanto, de los elementos típicos necesitados de prueba, como ineludible presupuesto para decidir si estamos realmente ante un problema probatorio o ante una indebida selección de los requisitos del tipo aplicable— y sin examinar —lo que es obligado a la luz de una doctrina constitucional que suele exponerse sesgadamente— si estamos ante una verdadera revisión de la valoración de la prueba personal o, más bien, ante una incorrecta inferencia lógica, de acuerdo con los datos objetivos obrantes en la causa y los «hechos-base» declarados probados, que puede ser sustituida en apelación sin merma alguna de los derechos fundamentales del acusado.

Similar fue el caso resuelto por la *Audiencia Provincial de Las Palmas en el Auto núm. 600, de 26 de septiembre*, que confirmó el archivo decretado por el Juzgado de Instrucción. Se investigaba un posible delito de expropiación ilegal por la indebida ocupación por parte del ayuntamiento de Telde de terrenos necesarios para la ampliación de una carretera. El tribunal provincial considera que la actuación administrativa, aun prescindiendo del procedimiento aplicable, se fundaba en una causa de utilidad pública y que había existido una actuación informal de negociación con el propietario, razones por las que descarta la presencia del tipo penal del art. 541 CP. En este caso no se plantea, sin embargo, la posible presencia de un delito de prevaricación por la omisión de los trámites esenciales de procedimiento.

En cambio, la *Audiencia Provincial de Las Palmas, en su Sentencia núm. 49, de 19 de febrero (JUR 191147)*, condena precisamente por delito de prevaricación al alcalde y concejal de obras públicas que ordenaron el derribo de un bordillo para la protección de un parterre realizado por una ciudadana. El derribo se acordó y ejecutó antes de tramitar la petición de licencia realizada por la afectada y aun antes del propio expediente sobre la



suspensión de las obras y la reposición de la realidad física alterada, con omisión de todo el procedimiento aplicable. Y esto a pesar de las advertencias del secretario de la Corporación sobre la necesidad de tramitar un expediente y la imposibilidad de una demolición directa previa.

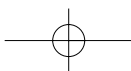
Pero en el ámbito de los tribunales provinciales quizá despunte sobre las demás resoluciones que tratan delitos de prevaricación la *SAP de Madrid —Sección 4.ª—, núm. 60, de 7 de mayo (JUR 186857)*. La resolución enjuicia las posibles conductas criminales relacionadas con el proceso de enajenación parcial de los títulos de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios, que atravesaba una difícil situación económica al comienzo de la década de los noventa del pasado siglo. La sentencia contiene un muy prolijo relato fáctico. Éste se apoya en una extensa y detallada motivación de los hechos probados, ejercicio destacable de explicitación del «juicio al hecho» — eminentemente jurídico— que no resulta habitual en la labor judicial y es absolutamente esencial en casos tan complejos como el estudiado. La sentencia condena al que fuera primer teniente de alcalde de la Corporación por delito de prevaricación en relación a la omisión deliberada de cuantas actuaciones se señalaron como necesarias por los órganos técnicos del ayuntamiento en la adjudicación del concurso. Además, siendo el acusado la autoridad garante de la regularidad del proceso de adjudicación, considera la sentencia que hizo caso omiso de la advertencia de los órganos técnicos sobre la verdadera oferta de la empresa seleccionada —que no era realmente la que figuraba en ella—, y sobre el incumplimiento de condiciones sustanciales impuestas —como la asunción de las deudas contraídas con los funcionarios, que finalmente le fueron condonadas a la entidad beneficiaria en claro detrimento del interés municipal—. A pesar de esto, el acusado propuso como adjudicataria a la empresa en cuestión, causando un grave perjuicio a los intereses públicos según estima la sentencia. Consideran los magistrados que el carácter no vinculante del informe de la Intervención General no excluye la actuación prevaricadora, pues su contenido dejaba bien clara la incompatibilidad de la opción seguida por el acusado con el interés general. Se reconoce, no obstante, una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, puesto que los hechos enjuiciados acaecieron en 1992. Esto supone la imposición de una pena realmente nimia de dos años y un día de suspensión de cargo público.

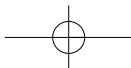
2. Malversación de caudales públicos

En materia de malversación de caudales públicos hemos de dar noticia de varias sentencias del Tribunal Supremo relacionadas con la actividad municipal.

La primera es la *Sentencia de la Sala de lo Penal —Sección 1.ª— núm. 44, de 5 de febrero (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater, RJ 1723)*.

La Audiencia Provincial de Vizcaya, en una resolución de la que dimos noticia en el informe del año pasado, había condenado al alcalde y a la secretaria interventora —una interina, que hasta entonces había desempeñado simples funciones de auxiliar administrativo— del ayuntamiento de Anteiglesia de Mallabia. Ambos acusados habían abierto dos

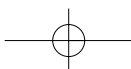




cuentas —cuya existencia habían ocultado al resto de la Corporación— en una entidad de crédito a nombre del ayuntamiento, atribuyéndose indistintamente facultades de disposición. A través de dichas cuentas el alcalde percibía cantidades de dinero procedentes de la Comunidad de Propietarios de un polígono industrial —que realizaba los ingresos con intención de afrontar los gastos públicos relativos a la urbanización de dicho polígono—. Esta actividad urbanizadora —cuya gestión, por otra parte, se realizaba completamente al margen de la normativa aplicable— era, en realidad, una mera cobertura del enriquecimiento personal de los acusados, que se aprovechaban de la creencia de los propietarios en que realmente estaban sufragando gastos ligados a la transformación de los terrenos. Los acusados falsificaban facturas relativas a operaciones ficticias del proceso urbanizador, apoderándose para sí de las cantidades correspondientes. No obstante, como narran los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, las elecciones municipales del año 1995 trajeron consigo un cambio en el gobierno en la Corporación. Ante la mala situación financiera detectada, el ayuntamiento renovado pidió la intervención del Tribunal Vasco de Cuentas. Éste detectó pagos efectuados sin justificación suficiente de gasto por la cuantía de 9.862.210 pesetas; también observó pagos justificados con documentación ficticia por importe directo de 7.239.723 pesetas y, finalmente, detectó reintegros en metálico en cuentas del alcalde saliente por importe de 3.352.691 pesetas. En total los condenados se habían apoderado de 65.107.361 pesetas (391.303,12 euros).

La Audiencia Provincial de Vizcaya condenó a cada uno de los acusados a las penas de siete años de prisión y quince años de inhabilitación absoluta, con la correspondiente obligación civil de indemnizar al ayuntamiento de Anteiglesia de Mallabia en la cantidad malversada, con el interés legal del art. 576 LEC más las costas de las acusaciones particulares. Las defensas de los condenados recurrieron en casación. Al margen de los motivos procesales invocados, los recurrentes alegaban la infracción del art. 432 CP, discutiendo la aplicabilidad del tipo de malversación. En este punto, hay que recordar que la malversación de caudales públicos es un delito que, por razones objetivas o subjetivas, tiene otros tipos subsidiarios que pueden resultar menos gravosos para el penado. De esta forma, como «delito especial propio», la falta de la condición subjetiva de «funcionario público» conduce a la aplicación de otros tipos generales de entre los delitos contra el patrimonio, fundamentalmente los de hurto, apropiación indebida y estafa —en función de la existencia o no de una recepción inicial por título legítimo—. A su vez, la imposible conceptualización del importe defraudado como «caudal público» puede llevar también al castigo ordinario de los hechos como un delito contra el patrimonio.

En el caso enjuiciado las defensas entendían que las cantidades recibidas por los acusados, en cuanto procedentes de los miembros de la Comunidad de Propietarios, no eran caudales públicos. Recibiéndose de particulares y defraudándose el interés privado de éstos, concurriría a lo más un delito de estafa —puesto que el acto de disposición patrimonial había sido fruto de un engaño—. De hecho, según argüían las defensas, la existencia de las cuentas se había ocultado a los órganos municipales, que nunca habían tenido verdadera relación con el dinero defraudado. No se trataría, por tanto, de «caudales públicos», puesto que el dinero nunca se integró en el patrimonio municipal.



El Tribunal Supremo rechaza el argumento de los recurrentes recordando el carácter teleológico que el concepto de «caudales públicos» tiene en el art. 432 del texto punitivo. Con este tipo, el legislador penal no pretende únicamente proteger el patrimonio del ente sino también «la confianza del público en el manejo honesto de los fondos confiados al Estado y, en particular, a sus servicios públicos». Con esa perspectiva finalista, el caudal público existe desde que la autoridad o el funcionario lo tiene en su poder con motivo de las funciones inherentes a su cargo, sin necesidad de una efectiva incorporación al patrimonio de la entidad. En el caso resuelto, siendo el ayuntamiento el titular nominal de las cuentas abiertas por los condenados, «los particulares que hacían los ingresos confiaban en la institución pública y era ésta la que los recibía». Por tanto, para la Sala 2.^a, «el carácter público de los caudales distraídos está fuera de toda duda».

Se discutía igualmente en el recurso de casación la existencia del «daño o entorpecimiento al servicio público» apreciado por la Audiencia y determinante de la aplicación de la modalidad agravada de malversación. En este sentido, y en primer lugar, la opinión de las defensas era la misma: al no provenir los caudales de las arcas municipales, sino de particulares, no podría hablarse de daño al servicio público municipal, que siguió funcionando con normalidad al margen de las operaciones clandestinas de los acusados. No obstante, el argumento es rechazado en casación con idéntica perspectiva teleológica. A juicio de la Sala 2.^a, el daño al servicio público también concurre cuando se sustraen las cantidades recibidas en nombre del ente público a la información, control y fiscalización de éste. En segundo lugar, la Sala señala que la agravación del apartado 2 del art. 432 puede apreciarse en atención al «daño moral» en la confianza pública, que se suma a la importancia de la cantidad malversada —aunque ésta, en principio, no supere la cuantía que permite por sí sola la subsunción en el subtipo agravado.

No obstante, el Tribunal termina casando la sentencia de instancia con importantes efectos prácticos sobre la pena. Aprecia la Sala de lo Penal una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas; esto lleva a que la nueva sentencia rebaje sustancialmente la condena, siendo la definitivamente impuesta de tres años y seis meses de prisión y de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años, manteniéndose el resto de pronunciamientos.

La segunda sentencia de la *Sala de lo Penal Tribunal Supremo* sobre malversación de caudales públicos en el seno de una actividad municipal es la *núm. 252 —Sección 1.^a—, de 22 de mayo (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, RJ 4175)*.

La Audiencia Provincial de Valencia había condenado por un delito de malversación de caudales públicos y otro de simulación de delito al responsable externo —en virtud de un contrato de adjudicación de servicios— de la recaudación municipal del ayuntamiento de Puçol. Con ocasión de esta función, el acusado había dejado de ingresar múltiples abonos de impuestos municipales realizados en ventanilla, apoderándose de las cantidades correspondientes. Al manifestar la tesorera municipal la necesidad de formular un inventario de los recibos cobrados y de los pendientes, el acusado ideó un plan para evitar ser descubierto. Así, la noche posterior al día fijado para efectuar el inventario —del que el acusado pudo librarse con el pretexto de preparar la documentación—

hizo desaparecer los recibos no ingresados en las cuentas municipales. La mañana siguiente denunció ante la Guardia Civil que personas desconocidas habían entrado y registrado su oficina. Esto le permitió eludir el control municipal de los recibos, puesto que tenía que reordenar la documentación tras el ficticio delito sufrido. Aunque parte de la documentación fue encontrada por un particular junto a una carretera, acabó llegando a manos del propio acusado por el conducto de un bienintencionado policía local.

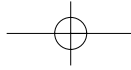
Conseguido su propósito, el recaudador presentó unos listados en los que aparecían como impagados recibos que habían sido cobrados a los contribuyentes. El ayuntamiento tuvo que aceptar los listados ante la imposibilidad de realizar cualquier comprobación, puesto que el acusado afirmaba que los recibos pendientes de pago habían sido sustraídos. Sin embargo, con posterioridad pudo comprobarse —a través de los recibos presentados por los contribuyentes a los que se exigió la repetición del pago— que las cantidades habían sido previamente abonadas. Pudo descubrirse así que el acusado se había apoderado ilícitamente de 154.233,17 euros.

La Audiencia impuso las penas de cuatro años de prisión y de siete años de inhabilitación absoluta por el delito de malversación, además de 2.700 euros de multa (nueve meses, con una cuota diaria de diez euros) por la simulación de delito.

La condena de instancia se confirma íntegramente en trámite de casación por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en la aludida Sentencia de 22 de mayo. Frente a las alegaciones de fondo del recurrente, el Alto Tribunal recuerda que el concepto penal de «funcionario público» es autónomo y que, además, es más amplio que el estrictamente administrativo. En la rama criminal, lo fundamental es «la participación en el ejercicio de funciones públicas», cualquiera que sea el título determinante de esa participación, refiriéndose expresamente el art. 24 del texto punitivo al desempeño de estas funciones en virtud de contrato. De ahí que el concepto de «funcionario» sea plenamente aplicable a un recaudador externo de tributos municipales designado mediante un contrato de adjudicación de servicios.

Recordando su jurisprudencia anterior, la Sala advierte que son fondos públicos las cantidades que se recaudan «tan pronto como el recaudador los percibe, pues ya comienza su obligación de ingreso en las arcas consistoriales». Es más, también tienen este concepto «los recibos devengados y formalizados que incorporan un derecho al cobro». Para que la apropiación de los fondos se produzca basta la falta de ingreso del recaudador, sin que la acusación se vea forzada a la prueba «diabólica» de acreditar que todas las cantidades fueron empleadas por el acusado en provecho propio.

Con estos argumentos, el Tribunal Supremo confirma íntegramente la condena —también en lo relativo a la simulación de delito—. Del criterio de la mayoría disiente el voto particular del magistrado Luciano Varela Castro, si bien la discrepancia se contrae a la posible violación de derechos fundamentales procesales y a la aplicabilidad del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, por lo que huelga aquí comentar su contenido.



Distinto es el supuesto resuelto por la misma *sala y sección del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 106, de 16 de abril (Ponente: Bacigalupo Zapater, RJ 2176)*. En este caso era un ayuntamiento el que se alzaba en casación frente a una sentencia absolutoria por delitos de malversación, fraude y exacciones ilegales. Estaban acusados de estas infracciones penales el alcalde y un concejal del ayuntamiento de Aras (Navarra). La sentencia de instancia consideró probado que durante la legislatura en que habían desempeñado estos cargos se realizaron gastos de envergadura en conceptos como telefonía, limpieza, material, fiestas, viajes... Observó igualmente la existencia de un pago en cheque sin justificar y otras anomalías relacionadas con la adjudicación de un centro cívico y con la solicitud de ayudas comunitarias; no estimó, sin embargo, la concurrencia de los elementos que integran las infracciones imputadas y dictó sentencia absolutoria. La resolución del Alto Tribunal confirma este pronunciamiento, destacando la insuficiencia de los elementos probados para justificar cualquier subsunción en un tipo penal.

Por su parte, la *Audiencia Provincial de Sevilla —Sección 7.ª— ha descartado en su Auto núm. 362, de 1 de julio (JUR 16513)*, que la utilización de una sección de una gaceta de información municipal para defender al alcalde de las críticas de la oposición pueda constituir un delito de malversación del art. 433 del texto punitivo.

3. Delitos contra los derechos cívicos

En este concreto ámbito delictivo ha de destacarse la *STS —Sala de lo Penal, Sección 1.ª— núm. 443, de 1 de julio (RJ 5480, Ponente: Monterde Ferrer)*, que condena a un alcalde por un delito contra los derechos cívicos de tres concejales de la oposición y por tres delitos de coacciones.

La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres había reputado al acusado autor de un delito contra los derechos cívicos de las personas, de un delito de prevaricación y de tres delitos de detención ilegal. Según los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, el acusado, en el año 2003, en su condición de alcalde de la localidad de Alcollarín, impidió sistemáticamente a tres concejales de la oposición la realización de su labor, denegándoles la posibilidad de constituirse en grupo político, negándose igualmente a proporcionarles un lugar dentro del propio ayuntamiento en el que pudieran desempeñar sus funciones. Tampoco les concedió una simple mesa, por lo que los tres ediles se vieron obligados a trabajar en el pasillo, aprovechando un banco y utilizando unas sillas a modo de escritorio —mobiliario que, sin embargo, fue inmediatamente retirado por el acusado—. Tampoco accedió éste a que pudieran trabajar en el salón de plenos, normalmente desocupado, y lo cerró con un candado para impedir su uso. El acusado ordenó por escrito que se cerrara el ayuntamiento tan pronto como llegaran a él los concejales de la oposición y dictó una resolución en la que disponía que a éstos sólo se les permitiera trabajar de nueve a diez horas en la Casa de la Cultura —edificio cercano al ayuntamiento pero carente de medios de atención al público.

Encontrándose los tres concejales en el ayuntamiento la mañana del día 16 de julio, el alcalde les ordenó que se marcharan de allí, a lo que éstos se negaron, llamando aquél a la Guardia Civil para desalojarles —alegando para ello una alteración del orden público—. Finalmente, los tres ediles se marcharon voluntariamente del edificio. Sin embargo, la mañana del 11 de agosto el acusado recibió la visita de unos vecinos de una pedanía del municipio. Los concejales de la oposición entregaron a éstos una tarjeta con su número de teléfono. El alcalde, molesto por este hecho, ordenó a todos los presentes que salieran del ayuntamiento, a lo que los tres ediles se negaron. Ante esto, el acusado hizo salir del ayuntamiento a los vecinos y a la secretaria, encerrando en su interior a los tres concejales, que llamaron a la Guardia Civil para que los sacara de allí. No obstante, esto no fue necesario, al volver más tarde el acusado —una vez que se habían marchado los vecinos de la pedanía— y desechar la puerta. Los concejales permanecieron en el edificio hasta la llegada de los agentes.

El Tribunal Supremo casa la sentencia y absuelve al acusado de los delitos de detención ilegal. Estima que no concurre el tipo objetivo del art. 167 del texto punitivo, ya que no hubo verdadera privación de libertad deambulatoria. Considera la Sala que no se produjo el encierro más que el tiempo que los concejales solían estar en el interior de las dependencias municipales y que ellos mismos habían manifestado su intención de permanecer allí. Además, el Tribunal emplea el curioso argumento —en la que, a mi juicio, es una errónea conceptualización del dolo (como simple querer directo) impropia de un tribunal de tan alta posición en la organización judicial— de entender que la intención del alcalde no era privar a los concejales de libertad, sino impedir el contacto de éstos con los vecinos —por eso habría abierto la puerta una vez que éstos, tras tomar un café, se hubieron marchado.

La Sala 2.^a advierte, sin embargo, que los hechos no deben quedar impunes, y que estamos ante tres delitos de coacciones, en la modalidad típica de «impedir con violencia lo que la Ley no prohíbe». El alcalde había impedido por la fuerza —cerrando la puerta del ayuntamiento— el legítimo contacto de los concejales afectados con los vecinos de la pedanía. La legitimidad del acto impedido, que es evidente por sí misma, la apoya la sentencia en varios preceptos de la normativa vigente sobre la organización y funcionamiento municipal —de discutible relación con el asunto— con los que llega a la conclusión —sin duda, afortunada— de que entre las funciones del alcalde no está el impedir a los concejales la realización de su labor.

Se estima igualmente el recurso de casación interpuesto en lo relativo al delito de prevaricación. Los argumentos de la resolución son confusos. Por una parte, parece discutir la valoración de prueba realizada en la sentencia de instancia en relación al contenido de las resoluciones y órdenes del alcalde sobre el cierre de las dependencias municipales. Sin embargo, la resolución expresa esta discrepancia muy veladamente, dados los términos en que ha de moverse un tribunal de casación. Por otra parte, parece descartar la arbitrariedad de las resoluciones adoptadas con un argumento totalmente ajeno al contenido de éstas: que no fueron recurridas por los dos concejales afectados. Finalmente, la resolución

da a entender que los cierres acordados y la habilitación exclusiva de la Casa de la Cultura —durante una hora de la mañana— para la actividad de los concejales era parte del impedimento del ejercicio de los derechos cívicos de éstos —sin explicar por qué resuelve esta posible concurrencia de infracciones como un simple concurso de normas con aplicación de la más levemente penada; de hecho más tarde afirma la misma sentencia que el tipo aplicable en caso de solapamiento es el de prevaricación.

Sí que confirma el Alto Tribunal la condena por el delito contra los derechos cívicos, al entender que la conducta del alcalde supuso una obstaculización «porfiada» del derecho de los concejales afectados a su participación política, en interpretación combinada de los arts. 23 y 140 de la Constitución. Recuerda la Sala que es normal que la oposición sea «molesta» para quienes detentan el poder, pero que esto no legitima «la utilización abusiva de las facultades de gobierno para entorpecer y obstaculizar su función».

En consecuencia, la sentencia mantiene la condena a las penas de dos años de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público por el delito contra los derechos cívicos, pero casa la sentencia de la Audiencia en lo relativo a la prevaricación. La segunda sentencia condena al acusado como autor de tres delitos de coacciones, imponiéndole por cada uno de ellos la pena de seis meses de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de alcalde de la localidad.

A pesar de los defectos técnicos y la confusa exposición de los argumentos de la sentencia comentada, lo cierto es que la solución final parece más ponderada y acorde con la significación real de los hechos, que, en cualquier caso, han recibido el merecido reproche penal.

4. Otros delitos relacionados con la actividad municipal: negociaciones prohibidas a funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función, violación de secretos e infidelidad en la custodia de documentos

De interés resulta la *SAP de Pontevedra —Sección 2.ª— núm. 18, de 11 de junio (ARP 634)*. El tribunal provincial considera probado que el acusado, como concejal delegado de Protección Civil prometió un trabajo a una ex empleada del ayuntamiento, citándose con ella para cenar y solicitándole después favores sexuales a los que condicionó indirectamente su futura contratación como empleada del consistorio, siendo rechazada la proposición por parte de la víctima. La Audiencia descarta que estos hechos puedan ser subsumidos en el tipo del art. 443.1 CP. Señala el tribunal que este delito se consuma con la simple solicitud sexual, sin necesidad de que se lleve a efecto. No obstante, siguiendo la redacción del tipo y la doctrina del Tribunal Supremo, es preciso que la víctima tenga pretensiones pendientes de resolución por parte del acusado o sobre las que éste tenga que emitir informe o elevar consulta. Ésta es la «situación ambiental de presión para la víctima y/o superioridad o abuso del sujeto agente» que se exige en el precepto. Los magistrados consideran que no existía ya relación laboral de la víctima con el

ayuntamiento ni tampoco un asunto pendiente de resolución. Por otra parte, desde la fecha de los hechos hasta el tiempo en que el acusado fue apartado de su cargo no se produjo ninguna convocatoria de plaza de personal en la que la víctima pudiera estar interesada. Por otra parte, se considera probado que el sistema de selección de personal del ayuntamiento se articulaba a través de un tribunal que evaluaba a los candidatos cualificados aportados por el INEM, teniendo facultades de decisión el propio alcalde, sin que se probara cualquier tipo de capacidad de influjo del acusado en el ejercicio de tales facultades selectivas. Considera, por tanto, la Sala que no se ha acreditado la existencia de la situación ambiental de presión ni de la pendencia de asunto en el que el acusado pudiera influir realmente.

Por otra parte, el pronunciamiento de la Audiencia también es absolutorio en cuanto al delito de abusos sexuales imputado, por los diversos tocamientos no consentidos que la noche de los hechos hizo el acusado a la víctima, que igualmente se declaran probados, considerando tal comportamiento constitutivo de una falta de vejación injusta.

A las graves irregularidades relativas a un proceso selectivo para cubrir plazas de bomberos se refiere la *SAP de Granada —Sección 2.ª— núm. 177, de 19 de marzo (JUR 363866)*. La peculiaridad —casi filmica— del supuesto de hecho enjuiciado justifica que nos ocupemos detalladamente de éste. En concreto se trata de la cobertura, en virtud de convocatoria efectuada en fecha 15 de enero de 2002, de dieciséis plazas de bombero mediante concurso oposición. El segundo ejercicio de los tres que componía la fase de oposición era un cuestionario con respuestas alternativas o *tipo test*. De los doscientos exámenes corregidos sólo superaron la prueba los correspondientes a los diecinueve bomberos interinos. Proliferaron las reclamaciones y uno de los examinadores (técnico bombero al que se identifica como *Al.*) —que, ante los rumores de irregularidades que habían rodeado a las convocatorias anteriores, ya había presentado sus preguntas en un sobre cerrado con la exigencia de que fuera sellado y custodiado por el secretario del tribunal—, dudando de la transparencia del proceso, propuso al resto anular el examen con el pretexto de su excesiva dificultad técnica. La idea fue descartada por los demás examinadores, puesto que no se había violado ninguna de las bases de la convocatoria. No obstante, decidieron validar 24 de las 100 preguntas del *test* cualquiera que hubiera sido la respuesta del opositor. *Al.* se negó a firmar el acta de la reunión, para que quedara así constancia de su desacuerdo.

Con posterioridad a este incidente, durante el proceso de corrección de este ejercicio, se descubrió que el examen de un opositor que tenía la condición de bombero interino del ayuntamiento de Granada presentaba anomalías. Algunas de las respuestas estaban enmendadas, de forma que la opción finalmente elegida resultaba ser la correcta. Curiosamente la nueva respuesta estaba seleccionada con un bolígrafo de tinta distinta a la del resto del examen. Sin estas respuestas enmendadas, el opositor habría resultado suspenso. Se detectaron más anomalías en otros exámenes. En estas circunstancias, las sospechas de *Al.* iban en aumento, recelando de dos de los miembros del tribunal que, como técnicos bomberos, trabajaban diariamente con los interinos. Llegó así al convenci-

miento de que éstos habían filtrado las preguntas que les correspondía formular individualmente dentro del *test*. De hecho, comprobó que los pocos opositores aprobados habían respondido correctamente las cuestiones elaboradas por sus dos compañeros de tribunal y que, en cambio, habían fallado las que él mismo había formulado. Así, tras salir de una de las reuniones del tribunal preguntó a sus dos compañeros si eran ciertas sus sospechas, no contestando éstos a su pregunta. Ante esta circunstancia, y visto que no había conseguido la anulación del examen, decidió buscar pruebas de las irregularidades cometidas. Para ello, fingió ante sus dos compañeros que compartía la actitud de beneficiar a los interinos, pero siempre que se hiciera con todos éstos, llegando al pacto de filtrar las preguntas y respuestas del tercer ejercicio, que consistía en un caso práctico. Uno de los dos técnicos examinadores (*J.*) y el mismo *Al.* llegaron a citarse en el parque de bomberos con los interinos aspirantes a las plazas, garantizándoles que todos tendrían anticipadamente las preguntas y respuestas, y recomendando al único de ellos que había suspendido (*L. A.*) que pidiera la revisión de su ejercicio.

J. y *Al.* —que, como técnicos bomberos, eran los que debían confeccionar el tercer ejercicio— se citaron para elaborar las preguntas, llevando el segundo una grabadora a efectos de obtener pruebas del fraude cometido por sus compañeros. En la reunión se habló de las preguntas del examen y de cómo iban a ser filtradas. En cuanto al interino que había resultado suspenso, consideraron la posibilidad de validar otras tres o cuatro respuestas, de forma que resultaran beneficiadas varias personas más para no levantar sospechas de favoritismo. No obstante, *J.* optó por modificar el examen del interino afectado, ante el riesgo que suponía que éste les denunciara si resultaba suspenso. En el curso de la reunión, *J.* presentó un folio mecanografiado con las veintiuna preguntas —de un total de treinta— que iban a ser filtradas a los interinos. Éstas llegaron a los bomberos interinos a través de *J.* Por su parte, *Al.* se puso hábilmente en contacto con *L. A.* —el único interino que había suspendido— y, facilitándole las preguntas, le convenció de que acudiera el día anterior al examen a un Notario. *Al.* le explicó que el Notario recogería las preguntas en un acta y así *L. A.* podría denunciar el fraude para el caso de que no prosperase su pretensión de revisar el examen. De este modo, según le dijo *Al.*, podría llegar a anular el proceso selectivo y tener una segunda opción de aprobarlo. *Al.* consiguió así una copia del documento notarial y, con ello, una nueva prueba del fraude. La revisión de *L. A.* no prosperó. El tercer ejercicio tuvo lugar conforme a lo pactado. Realizadas las demás pruebas y computados los méritos, catorce de los interinos obtuvieron definitivamente plaza.

Tras esto, *Al.* se puso en contacto con otros miembros del tribunal y compañeros de sindicato, poniendo en su conocimiento que tenía pruebas del fraude y que pretendía denunciarlo, y pidiendo para ello una reunión con el alcalde. Este encuentro tuvo lugar y el alcalde le recomendó que presentara una denuncia ante la Fiscalía, cosa que finalmente hizo, anulando el ayuntamiento el resultado del proceso selectivo. No obstante, *Al.* fue también imputado y, a la postre, como vamos a ver, condenado. De hecho, en su denuncia ante la Fiscalía no había dado todos los datos relativos a su participación en los hechos ni había aportado la grabación de la conversación con *J.*

La Audiencia de Granada considera que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de revelación de secretos en la modalidad cualificada por el grave daño a la causa pública originado con la divulgación (art. 417.1.II CP), infracción que considera cometida por *J.* y *Al.* Esta subsunción legal, que la sentencia explica detalladamente, no fue discutida por las defensas, que hicieron todas sus alegaciones en lo relativo a la prueba de los hechos. Para la Sala es evidente el deber de guardar sigilo sobre el contenido de los exámenes de acceso a la función pública, a efectos de asegurar el correcto desarrollo del proceso selectivo conforme a los criterios de mérito y capacidad señalados por el art. 103 CE. También resulta obvio, para la sentencia, el grave daño causado con la divulgación, pues «fluye con naturalidad de las consecuencias mismas de los hechos, el desprestigio del ayuntamiento de Granada en los procesos selectivos de su personal funcional y las consecuencias jurídico-administrativas derivadas» (la anulación del proceso y retroacción del mismo) y esto «por no hablar del perjuicio que han sufrido por los opositores que de buena fe concurren a esa convocatoria».

El tribunal provincial examina detalladamente la prueba incriminatoria, fundamentalmente la propia declaración del coacusado *Al.* y la del testigo *L. A.*, sumadas a la grabación de voz y el acta notarial. Pero lo más interesante es que la responsabilidad criminal que resulta de su eficacia incriminadora alcanza al propio «topo» (pues así le llama la resolución) que participó en los hechos con la sola intención de destapar la trama (*Al.*). Estima el tribunal que, una vez obtenida la grabación, debió este acusado poner de manifiesto las irregularidades, poniendo fin a éstas; en lugar de actuar de esta forma, contribuyó a desencadenar un riesgo para el bien jurídico protegido que no podía él mismo controlar, con graves consecuencias para el bien público. De hecho, el acusado realizó el resto de actos típicos que conducían a la consumación del delito. En opinión de la Sala, «en su afán desmedido por anular un proceso selectivo a su modo de ver injusto, no sólo consintió sino que él mismo realizó actos directos de revelación», al entregarle el examen a *L. A.*, engañando a éste y traicionando su confianza con el solo fin de obtener una nueva prueba del fraude (el acta notarial). El tribunal descarta que la conducta del acusado pueda estar asistida de cualquier causa de justificación; no obstante, le reconoce una atenuante analógica en relación con la de confesión prevista en el núm. 4 del art. 21 del texto punitivo. A pesar de esto le condena a las mismas penas que impone al otro acusado (*J.*), quedando ambos sujetos a la obligación solidaria de indemnizar al ayuntamiento en la cuantía de los perjuicios irrogados.

5. Atentados contra cargos públicos municipales

Merece la pena mencionar la *SAP —Sección 1.ª— de Guipúzcoa núm. 289, de 29 de octubre (ARP 656)*. Los hechos tuvieron lugar el 6 de septiembre de 2007 en la salida de la Ermita de la Virgen del Sagrario de la localidad de Lizartza. La acusada se encontraba en un grupo de unas veinte personas que portaban «ikurriñas» y exhibían carteles reclamando el traslado de presos vascos a «Euskal Herria». Según los «hechos probados», la

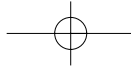
acusada y el resto del grupo habían acudido a la salida de la novena que se celebraba en la ermita para protestar por la presencia en la localidad de los concejales asistentes al acto religioso. Al salir éstos, los manifestantes comenzaron a increparles diciéndoles «*txakurras*, fascistas, fuera de aquí». Los manifestantes formaron un tumulto alrededor de los concejales y se aproximaron a éstos en actitud agresiva. Utilizaron los mástiles de las banderas que portaban para golpear el vehículo de la concejal afectada —que finalmente pudo introducirse en él con el auxilio de sus escoltas—. Cuando la edil trataba de acceder al automóvil, la acusada trató de agredirla con el palo de la pancarta que llevaba, no consiguiendo su propósito por la intervención del escolta, que pudo desviar el golpe de forma que sólo rozó en la ceja a la concejal.

La sentencia considera que estamos ante un acometimiento directo constitutivo de delito de atentado. La acusada tenía la intención de golpear a la concejal con el palo de la pancarta, según se derivaba inequívocamente de las diversas declaraciones testimoniales practicadas. Conocía el cargo público que ostentaba la víctima y realizaba la agresión precisamente en atención a esta cualidad. Estima la Sala que es irrelevante que la celebración de la novena no fuera un acto oficial; también es una modalidad típica del delito de atentado la realización de la agresión en atención a la condición de autoridad de la persona afectada. No se aplica, sin embargo, el subtipo agravado consistente en la utilización de medio peligroso, al carecer el tribunal de datos suficientes sobre las características del palo utilizado. Impone por ello la pena privativa de libertad mínima del art. 551.2, que es de cuatro años de prisión, y la de multa de nueve meses, con una cuota diaria de diez euros. La condena incluye las costas de la acusación particular.

6. Algunos supuestos de responsabilidad criminal relacionados con la actuación de agentes de los cuerpos locales de policía

La ilícita actuación de algunos agentes de los cuerpos de policía local ha llevado al Tribunal Supremo a confirmar en 2008 varios pronunciamientos condenatorios de las Audiencias Provinciales. Estos casos de excesos policiales no sólo dan lugar a la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de las administraciones municipales correspondientes sino que, sobre todo, dañan seriamente el prestigio de estos entes.

Es llamativo el caso resuelto en casación por la *STS 923, de 29 de diciembre (Ponente: Marchena Gómez, JUR 58882)*. Conforme a los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial de Barcelona, el acusado se había visto involucrado en un «leve incidente de tráfico» mientras conducía su vehículo particular. A raíz de este hecho, aprovechando su trabajo como agente de la Guardia Urbana de la capital catalana, se dedicó a perjudicar sistemáticamente al conductor del vehículo con el que había tenido el incidente, sometiéndole a un «acoso constante» a través de reiteradas denuncias contra su vehículo. Todas las multas tenían por causa el estacionamiento en la acera en un polígono industrial en el que existía una situación fáctica de «permisividad» ante esta infracción. De hecho, el acusado no denunciaba a ningún otro vehículo de entre los muchos que



estacionaban diariamente de la misma forma. Igualmente quedó probado que el acusado había efectuado dos denuncias falsas, al estar el automóvil en cuestión en la fecha indicada en el boletín en otro lugar distinto. La Audiencia condenó por dos delitos continuados, uno de falsedad y otro de coacciones.

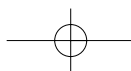
El Tribunal Supremo revoca la condena por coacciones impuesta al policía local. La Audiencia había estimado que los hechos podían ser subsumidos en el art. 172 CP, puesto que con la incesante imposición de sanciones a la víctima se le estaba impidiendo llevar a cabo un comportamiento que, en cambio, estaba permitido para el resto de los vecinos. Con ello no se buscaba sino restringir la libertad del afectado en venganza por un «nimio incidente previo». El tribunal de casación no comparte este criterio y lo expresa además en términos contundentes. Según su parecer, el tipo citado sólo es aplicable a quien «sin estar legítimamente autorizado para ello» impide a otro hacer «lo que la Ley no prohíbe». No ocurre así en el presente caso. Al aparcar sobre la acera, el denunciante infringía una norma reguladora del estacionamiento de vehículos en la vía pública prevista en el art. 94 del Reglamento de Circulación. No es aceptable, dice la Sala 2.^a, que el tribunal *a quo* haga prevalecer los meros usos sociales de los vecinos, más o menos tolerados, frente a tan clara disposición normativa, pues «nuestro sistema jurídico no conoce tan extravagante fuente del Derecho, sobre todo, cuando de lo que se trata es de dejar sin efecto un Real Decreto mediante un acuerdo entre no se sabe qué vecinos, qué regidor y de qué distrito». Por tanto, las conductas objeto de denuncia no estaban amparadas por la Ley; antes bien, se trataba de «conductas de estacionamiento prohibido que, como tales, habían de ser sancionadas». Añade el tribunal que la mera tolerancia administrativa no elimina la ilicitud del comportamiento:

«La tolerancia de las autoridades administrativas respecto de una conducta antijurídica no puede nunca actuar como fuente de legitimación. Dicho con otras palabras “permitir” no es lo mismo que “conferir derecho a”. De ahí que quiebre uno de los elementos indispensables para la subsunción del hecho en el delito de coacciones».

Ahora bien, esto no quiere decir que la concreta conducta del agente acusado no sea penalmente reprochable. La arbitraria selección de la persona multada en virtud de una «rencilla personal» puede ser, según la sentencia comentada, constitutiva de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 del texto punitivo, aunque el principio acusatorio impide a la Sala 2.^a abordar la aplicación de esta calificación normativa.

En cambio, el tribunal de casación considera jurídicamente correcta la subsunción realizada en el delito de falsedad en documento público respecto a las dos denuncias inventadas por el agente. Se trata de una falsedad en la narración de los hechos del art. 390.1.4.º CP realizada en documento oficial —el boletín de denuncia—. Por ello, la segunda sentencia dictada por el alto tribunal mantiene la condena a cuatro años y seis meses de prisión y a quince meses de multa, con una cuota diaria de doce euros, por el delito continuado de falsedad documental.

Por otra parte, también en 2008 el Tribunal Supremo ha confirmado varias condenas de instancia contra agentes de policía municipal por excesos en el uso de la violencia



física no amparados en la eximente de cumplimiento de un deber (*vid.*, por ejemplo, la *Sentencia 467, de 16 de julio* —Sala 2.^a, Sección 1.^a, RJ 5237, Ponente: Andrés Ibáñez—). Particularmente interesante es el supuesto examinado por el Alto Tribunal en la *Sentencia 467, de 16 de julio* (Sala 2.^a, Sección 1.^a, RJ 36, Ponente: Puerta Luis). Del asunto había conocido en instancia la Audiencia Provincial de Granada. Varias dotaciones del Cuerpo de Policía local habían realizado una actuación motivada por el exceso de ruidos que generaba una fiesta privada. Terminada la actuación —en el curso de la cual uno de los participantes había tenido una actitud despectiva y hasta agresiva hacia los agentes— dos de ellos volvieron a entrar y sacaron por la fuerza a la persona con la que habían discutido, reduciéndola a golpes, esposándola e inmovilizándola con el auxilio de otros tres agentes, causándole entre todos ellos, entre otras lesiones, una herida inciso contusa que precisó para la curación de la práctica de cuatro puntos de sutura. El tribunal provincial había condenado a los cinco agentes por delito de lesiones imponiendo a cada uno de ellos la pena de diez meses de multa, con una cuota diaria de doce euros. El Tribunal Supremo confirma la condena en la resolución citada y descarta la aplicación de la eximente —completa o incompleta— de cumplimiento de un deber. Aunque la presencia inicial de los agentes estuvo motivada por una actuación relacionada con el ejercicio de sus funciones, ésta ya había cesado al realizarse la agresión, que estaba fundada exclusivamente en un ánimo vindicativo totalmente ajeno a cualquier deber legal de los funcionarios condenados. Además, ni había necesidad de utilizar la violencia ni ésta podía entenderse proporcionada a las circunstancias del caso concreto.

Mejor suerte corrieron en casación los agentes condenados por la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso finalmente resuelto por la *STS (Sala 2.^a, Sección 1.^a, RJ 6079, Ponente: Marchena Gómez) núm. 588, de 26 de septiembre*. La Audiencia consideró que había quedado acreditado que un agente de Policía Local de la localidad de Sant Adriá de Besos había zarandeado, arrojado al suelo y golpeado a un ciudadano —que se negaba a identificarse y que previamente había solicitado al funcionario que le facilitara su número profesional a efectos de denunciarle por un incidente de tráfico ocurrido el día anterior—. Se había impuesto al acusado la pena de seis meses de prisión por delito de lesiones. El Tribunal Supremo casa esta vez la sentencia por los defectos argumentales de que adolece el juicio probatorio contenido en ella, hasta el punto de afectar a la propia «razonabilidad del discurso» y con ello al derecho a la presunción de inocencia. Por ello procede a la absolución del acusado.