
Responsabilidad penal y Ayuntamientos

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
Fiscal

Palabras clave: reforma del Código Penal; delitos urbanísticos; prevaricación; cohecho; malversación.

Key words: Penal Code reform; crimes against urban-planning; breach of trust; bribery; embezzlement.

SUMARIO: I. REFORMAS LEGISLATIVAS.—II. JURISPRUDENCIA PENAL RELACIONADA CON EL ÁMBITO LOCAL: 1. Delitos de prevaricación administrativa. 2. Negociaciones prohibidas a funcionarios públicos. 3. Delitos de cohecho. 4. Malversación de caudales públicos. 5. Delitos relacionados con la actividad de la policía local.

I. REFORMAS LEGISLATIVAS

El año 2012, como viene siendo habitual en los primeros compases de una nueva legislatura, viene cargado de novedades en el ámbito del Derecho penal sustantivo. El nuevo Gobierno no ha renunciado a promover, como todos los que le han precedido desde 1995, nuevas y sustanciales reformas del Código penal que pueden tener incidencia en el ámbito propio del presente informe.

Así, por una parte, las Cortes Generales han aprobado la *LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal*. Esta disposición normativa tiene una incidencia tangencial en el ámbito municipal. Los delitos objeto de reforma, fundamentalmente los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, comprenden las defraudaciones relativas a los tributos locales. La principal novedad, en este punto, es la creación de un subtipo agravado —el nuevo art. 305 bis— para las defraudaciones especialmente graves, que estarán castigadas con una pena de prisión de dos a seis años —y llevarán aparejadas, por tanto, un plazo de prescripción mayor que el asociado al tipo básico del art. 305—.

De otro lado, el Consejo de Ministros ha aprobado —en fecha 16 de julio de 2012— un *Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal* —con propuestas de calado, como puede ser la supresión de los juicios de faltas—. En principio, la reforma proyectada no afecta a los delitos contra Administración pública ni, en general, a las figuras delictivas que suelen generar condenas penales en el ámbito de gestión de la administración municipal. No obstante, la experiencia demuestra que la tramitación parlamentaria de una reforma penal sustantiva expande el ámbito objetivo de delitos afectados, extendiéndolo a figuras de la parte especial del Código que, en principio, eran completamente ajenas al proyecto presentado por el Gobierno. Será, por tanto, en sucesivos ejercicios cuando pueda evaluarse la incidencia de la reforma sobre los delitos que son objeto de este informe.

II. JURISPRUDENCIA PENAL RELACIONADA CON EL ÁMBITO LOCAL

1. Delitos de prevaricación administrativa

En materia de prevaricación en el ámbito local resulta de interés la *sentencia del Tribunal Supremo núm. 901, de 22 de noviembre*. La Audiencia Provincial de Baleares condenó a los acusados como responsables criminales de un delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP. A uno de ellos, que había actuado como asesor jurídico del Ayuntamiento, le condenó en la calidad de autor material del hecho, y al otro, arquitecto director de las obras ilegales, en concepto de cooperador necesario. Las penas impuestas a cada acusado fueron de seis meses de prisión y seis meses de multa.

Según los hechos declarados probados, el asesor jurídico había emitido un informe desfavorable a la concesión de una licencia. En dicho informe se requería a la promotora para que acompañara la documentación acreditativa de ciertos extremos exigidos por la legislación urbanística aplicable. En particular, la promotora de las obras debía acreditar la existencia de una edificación anterior a 1956. Las deficiencias señaladas en este dictamen no fueron subsanadas por el interesado. No obstante, el asesor jurídico emitió un segundo informe, esta vez favorable a la concesión de la licencia. Este segundo dictamen no motivaba ni razonaba el cambio de criterio; simplemente omitía la referencia a los requisitos legales incumplidos. El acusado actuaba, así, en abierta contradicción con la legalidad urbanística que había demostrado conocer en su dictamen previo. Según la sentencia de instancia, de estas ilegalidades tenía pleno conocimiento el arquitecto-director de las obras, que había visitado la parcela y había comprobado *in situ* que en ella no existía una edificación antigua sino una construcción nueva que, además, no tenía uso de vivienda.

Al resolver la casación, la Sala 2.^a considera, en relación con la responsabilidad criminal del asesor jurídico, que «la secuencia de dos informes en sentido opuesto», conteniendo el primero una clara «alerta de la ilegalidad», evidencia suficientemente el pleno conocimiento de la arbitrariedad cometida en el segundo informe, favorable a la conce-

sión de la licencia. En cuanto al hecho de que el asesor jurídico no tuviera la condición formal de funcionario, el Tribunal Supremo recuerda que el art. 24 del Código Penal establece una noción material. Conforme a dicho precepto, debe considerarse funcionario, a efectos puramente penales, a todo aquel que participa, por cualquier título válido, en el ejercicio de una función pública. Se resta, además, importancia, en la resolución del Tribunal Supremo, al hecho de que la licencia finalmente concedida se supeditara a la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos legales —tratándose, pues, de una suerte de «licencia condicionada»—. A juicio de la Sala 2.^a, el funcionario sabía sobradamente que esos requisitos habían sido incumplidos por la promotora. En concreto, el acusado conocía que la vivienda anterior a 1956 no existía en esos terrenos. El Tribunal Supremo desestima, en consecuencia, el recurso interpuesto por el autor material del delito.

No obstante, la Sala 2.^a estima el recurso de casación presentado por el arquitecto director de las obras, que había sido condenado como cooperador necesario del delito de prevaricación administrativa cometido por el asesor. En concreto, el Tribunal Supremo considera infringido el principio acusatorio, como garantía que preserva el derecho de defensa y la imparcialidad del juez en el ámbito del proceso penal y obliga al órgano de enjuiciamiento a ceñirse en su sentencia a los términos establecidos por la acusación formulada. El alto tribunal entiende, así, que la sentencia de instancia no guarda la correlación mínimamente exigible con la tesis fáctica sostenida por el acusador público. Según el Tribunal Supremo, la sentencia de instancia no incluyó como hecho probado ninguna acción del arquitecto director orientada a «obtener la connivencia» del asesor jurídico para que éste emitiera un segundo informe favorable. Ésta era la concreta conducta que le era atribuida por el fiscal en el escrito de acusación —y no la de haber generado dolosamente «una falsa apariencia sobre la realidad de las obras» que pudiera inducir a error al funcionario—. El alto tribunal absuelve, por tanto, al arquitecto acusado por el delito de prevaricación urbanística al entender que la Sala de instancia se había apartado de los límites marcados por la acusación.

También destaca el caso de la *sentencia del Tribunal Supremo núm. 181, de 15 de marzo*. La Audiencia Provincial de Madrid había condenado a los acusados como autores de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP por haber votado favorablemente, en un Pleno municipal celebrado en el año 2001 en el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, un determinado convenio urbanístico. En dicho convenio, la Corporación cedía a una sociedad promotora la propiedad de una parcela. De acuerdo con lo estipulado, la transferencia del dominio debía producirse una vez que la entidad mercantil hubiera procedido a la urbanización de los terrenos, que estaban destinados a la construcción y comercialización de viviendas de protección pública. La operación fue expresamente calificada como una permuta, siendo éste el punto clave del caso desde el punto de vista jurídico penal, pues la calificación de la operación como permuta permitía a los responsables de la entidad local escoger directamente al contratista —evitando, así, el procedimiento general de subasta pública—. La Audiencia Provincial de Madrid entendió que esta calificación era puramente ficticia y que había sido utilizada

fraudulentamente por los acusados para acceder un procedimiento administrativo absolutamente inidóneo.

Según razonaba la Audiencia de Madrid, el art. 80 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, señala que las enajenaciones de bienes patrimoniales deben realizarse por subasta pública, exceptuándose solamente el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario. El art. 112 del Real Decreto 1372/1986, que aprueba el reglamento de bienes de las entidades locales, establece, a su vez, que las enajenaciones de bienes patrimoniales se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales, no siendo necesaria la subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario. La utilización de la permuta, según la citada normativa, exige, no obstante, la tramitación previa de un expediente que acredite la necesidad de efectuarla. En dicho expediente también ha de acreditarse una diferencia de valor entre los bienes que ha de ser inferior al 40 por 100 del bien que tenga atribuido el mayor valor. Amparándose en estas normas, la Audiencia de Madrid llegó a la conclusión de que la permuta efectuada era, en el caso enjuiciado, un procedimiento absolutamente inidóneo del que los acusados se habían servido fraudulentamente para seleccionar arbitrariamente al contratista. Consideró, por tanto, que la resolución votada por los acusados era arbitraria y que se había cometido un delito de prevaricación administrativa.

La Sala 2.^a del Tribunal Supremo discrepa en su sentencia del fallo emitido por la Audiencia Provincial y casa, en consecuencia, la sentencia de instancia. El Tribunal comienza sus razonamientos con un recordatorio de las distintas líneas jurisprudenciales en materia de prevaricación administrativa. Aplicando dicha doctrina al caso concreto, el alto tribunal considera que la interpretación de la normativa administrativa realizada por los acusados no había sido completamente irrazonable desde el punto de vista jurídico. El Tribunal Supremo recuerda que el delito de prevaricación exige una resolución que no se apoye en una interpretación mínimamente razonable de las normas que componen el ordenamiento. Basta, pues, para excluir esta calificación delictiva que la interpretación efectuada por la autoridad o el funcionario público acusados pueda ampararse mínimamente en una opción exegética que no sea absolutamente rechazable desde el punto de vista jurídico. No toda ilegalidad administrativa es, por tanto, equiparable a la resolución arbitraria que exige el art. 404 CP. De hecho, la mayoría de las ilegalidades verificadas deben ser depuradas en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Aplicando esta idea al caso enjuiciado, el alto tribunal estima que existe una línea de jurisprudencia contencioso-administrativa «que admite, directa o indirectamente, la permuta de bienes patrimoniales por obra futura». La Sala deduce, así, de las sentencias aportadas por los recurrentes que «conforme a una interpretación razonable de las normas aplicables a la situación que se describe en los hechos probados, era posible acudir al mecanismo de la permuta para realizar una operación compleja que incluía la enajenación de bienes inmuebles del municipio, aunque luego el órgano jurisdiccional

competente entendiera que tal interpretación no era la correcta y anulara la operación». Por tanto, aunque finalmente se demostrara, en vía contencioso-administrativa, que la calificación jurídica utilizada por los acusados no se apoyaba en la interpretación más correcta de la legalidad aplicable, no por ello tenía que entenderse que la resolución adoptada no se fundaba en una interpretación mínimamente razonable del ordenamiento jurídico, no susceptible de ser incardinada en el tipo objetivo del delito de prevaricación. En consecuencia, la Sala 2.^a absuelve a los acusados dictando una segunda sentencia de signo absolutorio.

También es reseñable en materia de prevaricación la *sentencia del Tribunal Supremo núm. 357, de 16 de mayo*, que desestima el recurso de casación presentado por las defensas. En este caso, la Audiencia Provincial de Cádiz había condenado al alcalde y a dos concejales de la Línea de la Concepción como autores de un delito de prevaricación administrativa. Había impuesto, en consecuencia, a cada uno de los acusados la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo en la Administración y para el desempeño del cargo público de concejal. Según los «hechos probados», los acusados habían procedido, tras ganar su partido (GIL) las elecciones en el municipio indicado, a la contratación como personal laboral de nueve personas afines a la citada formación política. Tres de los contratados habían llegado, de hecho, a presentarse a las elecciones en las listas del referido partido. En estas contrataciones, según pudo constatar más tarde, ya en el año 2003, la Cámara de Cuentas de Andalucía, no se había utilizado ningún sistema de selección del personal laboral temporal. Tampoco se había seguido, según señalaba el informe de la cámara andaluza, criterio objetivo alguno para realizar dicha selección, en claro incumplimiento de lo exigido en los arts. 103 y 91.2 LBRL.

En este caso, el Tribunal Supremo confirma la condena de instancia. Para el alto tribunal, los acusados debían conocer —necesariamente— que estaban contratando a varios compañeros de candidatura política al margen de las prescripciones legales. Y es que, según precisa la sentencia de casación, debían de ser conscientes de la existencia de ciertas formalidades administrativas que son exigidas para proceder a estas contrataciones. Para el alto tribunal, esta realidad «forma parte de la cultura cívica del ciudadano medio, al ser un tópico que el ingreso en el servicio de las administraciones tiene un trámite reglado, y no es graciable ni se rige por el capricho de quien se halle investido del correspondiente poder de decisión». El Tribunal Supremo rechaza, además, los argumentos de los recurrentes en relación con un supuesto error en la calificación jurídica. Según la resolución de casación, la calificación correcta de los hechos no era, como pretendían los acusados, la del tipo penal previsto en el art. 405 CP, que castiga la realización de nombramientos ilegales.

Hay que advertir que esta segunda cuestión era esencial, pues, de haber sido correcta la calificación jurídica propuesta por los recurrentes, el delito habría debido darse por prescrito. Ante la cuestión planteada, el Tribunal Supremo estima que la calificación de instancia fue certera. Como señala la sentencia siguiendo la argumentación del fiscal, «en el caso presente no es tanto el nombramiento lo que es ilegal por no concurrir en una persona los requisitos para servir ese puesto de trabajo, sino que es ilegal el proce-

dimiento en su conjunto utilizado para el acceso a la función pública de los distintos funcionarios que fueron nombrados. No se refiere pues a un nombramiento puntual, sino a una conducta o comportamiento global que tiene mayor entidad por vulnerarse los preceptos constitucionales a los que hemos hecho referencia, y no únicamente una normativa de legalidad». La condena de instancia se ve confirmada, por tanto, también en este concreto aspecto.

Debe hacerse mención, finalmente, en materia de prevaricación, al *auto del Tribunal Supremo núm. 12, de 12 de enero*, que inadmite el recurso de casación presentado por la defensa. En el supuesto planteado, la Audiencia de Madrid había condenado al acusado como autor de un delito de prevaricación administrativa y le había impuesto la pena de ocho años, seis meses y un día de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Le había absuelto, sin embargo, de los delitos de falsedad en documento público e infidelidad en la custodia de documentos de los que venía también acusado.

Según la resolución de instancia, el acusado, como jefe de Policía local, había anulado o dejado de tramitar arbitrariamente diversas denuncias de tráfico que le eran presentadas por los agentes actuantes. Para no dar a dichas denuncias el curso legalmente establecido, el acusado había consignado en los boletines de denuncia los motivos «más variopintos». Su actuación había ignorado, así, las normas esenciales de procedimiento. A juicio de la Sala 2.^a, esto debía ser forzosamente conocido por «quien llevaba tantos años ejerciendo como Jefe de la Policía Local». El Tribunal Supremo considera, por tanto, correcta la calificación de los hechos como delito de prevaricación administrativa. En su opinión, el acusado venía obligado a la tramitación y remisión a la Jefatura Provincial de Tráfico de las denuncias presentadas por los agentes en materia de seguridad vial.

2. Negociaciones o actividades prohibidas a funcionarios públicos

En materia de negociaciones prohibidas a funcionario público verificadas en el ámbito de actividad municipal, destaca, en primer lugar, el *auto del Tribunal Supremo núm. 1493, de 13 de septiembre*, por el que se inadmite el recurso de casación presentado por el condenado frente a la sentencia dictada en instancia por la Audiencia Provincial de Granada.

La condena de la audiencia granadina se fundaba en que el acusado, con ánimo de obtener una ventaja económica y aprovechando su condición de funcionario del Ayuntamiento de Baza —ente en el que ejercía funciones de ordenanza notificador en el registro—, había abierto el sobre que contenía una oferta de adquisición de un solar de titularidad municipal. Con esta información, el acusado, que también se dedicaba a la actividad de promoción inmobiliaria, pudo presentar, tres días más tarde —y utilizando para ello el nombre de su socio—, una oferta que mejoraba la anterior. No obstante, en el trámite de apertura de las ofertas se advirtió la manipulación del primer sobre, quedando anulado, en consecuencia, el procedimiento administrativo de enajenación.

Dando por probados estos hechos, la Audiencia de Granada condenó al acusado como autor de un delito del art. 442 CP. Este precepto castiga a «la autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero». Esta calificación jurídica era discutida por el condenado. Así, en el recurso presentado por la defensa se alegaba que el recurrente, como mero ordenanza notificador, no había tenido acceso «por razón de su oficio o cargo» a la información utilizada, ya que un ordenanza no interviene en la tramitación del expediente administrativo. No obstante, el Tribunal Supremo rechaza el recurso de la defensa y mantiene en el auto de inadmisión la interpretación realizada por el tribunal de instancia. Lo relevante, según señala la Sala 2.^a, es que el acusado tuviera acceso a la plica cerrada con motivo de las funciones que desarrollaba como funcionario del Ayuntamiento.

También confirma la condena de instancia la *sentencia del Tribunal Supremo núm. 958, de 4 de diciembre*. En este caso, la Audiencia de Barcelona había condenado al inspector-jefe de licencias en el Distrito de L'Eixample por delito de negociación prohibida a funcionario público del art. 442 CP. Según se había declarado probado en la instancia, el acusado, conociendo la incompatibilidad de dicha actividad pública con el ejercicio privado de su profesión de técnico medio de arquitectura e ingeniería, intervino repetidamente, de modo directo o a través de persona interpuesta, en el asesoramiento de particulares y en la elaboración de la documentación necesaria para tramitar solicitudes de licencia o regulación de actividades. Una vez presentadas esas solicitudes en el departamento público en el que el acusado desempeñaba sus tareas administrativas, trataba de conseguir que se le asignara la tramitación de las mismas, obviando para ello los requisitos legalmente aplicables. Además, también se declaró probado que el acusado utilizaba las bases de datos municipales —a las que podía acceder en su calidad de funcionario— para facilitarse a sí mismo o para proporcionar a otras empresas con las que colaboraba datos relativos a posibles clientes. Para conseguir sus fines, el funcionario contó con el auxilio de otros tres acusados, que fueron condenados por la Audiencia Provincial de Barcelona como cooperadores necesarios.

En la sentencia de casación, el Tribunal Supremo desestima el recurso presentado por el condenado y considera que los datos a los que pudo tener acceso el recurrente, aunque no tuvieran, en sentido estricto, un carácter confidencial, sí estaban reservados —con acceso informático restringido— a la consulta exclusiva del personal del Ayuntamiento de Barcelona. Entiende, así, la Sala 2.^a que el acusado se sirvió de su condición de funcionario para acceder a una «información que en modo alguno se notifica, pública o divulga» como es el caso de «la lista de todos los establecimientos, su dirección, su actividad y el estado del expediente administrativo, tal y como figura sistematizada en los listados a los que tenía acceso el recurrente, sólo y exclusivamente porque desempeñaba en el distrito del Eixample del Ayuntamiento de Barcelona una actividad funcional relacionada con la tramitación de licencias». A juicio del alto tribunal, «la importancia de esa información deriva justamente del hecho que la misma se encuentra recopilada

y sistematizada en los listados a los que en modo alguno puede acceder nadie que no sea un funcionario del Ayuntamiento con clave de acceso informático a la misma». Se cometió, por tanto, el delito previsto en el art. 442 del Código Penal.

3. Delitos de cohecho

Es de interés en materia de cohecho la *sentencia del Tribunal Supremo núm. 186, de 14 de marzo*. En este caso, el proceso de instancia ante el Tribunal del Jurado se había desarrollado en el ámbito de la Audiencia Provincial de Málaga. En la sentencia dictada por la magistrada-presidente se declaraba probado, de acuerdo con el veredicto emitido por el Tribunal del Jurado, que el acusado, en su condición de encargado municipal del servicio de supervisión, control y vigilancia de las zonas rurales del término municipal de Cártama, había solicitado a un vecino de la localidad la cantidad de 12.000 euros a cambio de su mediación para evitar la imposición de una multa por arrojar escombros de manera ilegal. Un ofrecimiento similar fue realizado por el acusado a los propietarios de tres fincas, a los que prometió la regularización de ciertas obras a cambio de 9.000 euros por cada una de ellas. En la misma línea, el acusado pidió a dos vecinos de la localidad una suma total de 18.000 euros por paralizar y hacer desaparecer el expediente administrativo que se seguía contra ellos por la construcción de una vivienda ilegal. Finalmente, ofreció a otro vecino, que también fue acusado en el proceso, la paralización de un expediente sancionador a cambio de dos pagos sucesivos —de 9.000 y 6.000 euros—. Este último vecino pagó la suma solicitada, llevándose a cabo esta transacción con el auxilio de un intérprete de inglés, contra el que también se ejerció la acción penal por su posible actuación como cooperador necesario.

La sentencia dictada por la magistrada-presidente del Tribunal del Jurado condenó al encargado municipal por un delito continuado de cohecho activo, imponiéndole las penas de cuatro años de prisión y multa de 15.000 euros. El vecino que había pagado la compensación económica solicitada también fue condenado como autor de un delito de cohecho, esta vez pasivo, a la pena de un año de prisión y al pago de una multa de 9.000 euros. El intérprete de inglés fue absuelto, al entender el Tribunal del Jurado que no conocía el contenido de la concreta transacción en la que estaba prestando sus servicios. Los dos condenados recurrieron en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por el segundo de ellos, rebajando las penas impuestas a dicho vecino de Cártama a seis meses de prisión y multa de 2.250 euros.

Como suele ser habitual en estos casos, el encargado municipal recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, alegando que, en su condición de contratado, no tenía la condición de funcionario público que exige el Código Penal para el delito de cohecho. La Sala 2.^a rechaza en su sentencia esta alegación recurrente y recuerda que «el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del Derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal,

de suerte que abarca e incluye a todo aquél que por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas». Según añade el tribunal, el «factor que colorea la definición de funcionario es precisamente, la participación en funciones públicas. De ello se deriva que, a los efectos penales, tan funcionario es el titular, o de “carrera” como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de la nota de incorporación definitiva ni por tanto de permanencia».

El recurrente era, pues, funcionario público a efectos jurídico penales, puesto que, como señala la sentencia, el servicio municipal le había sido encomendado en un contrato administrativo suscrito con el Ayuntamiento y orientado al cumplimiento de intereses públicos colectivos, propios de la función pública municipal.

También rechaza el alto tribunal el argumento del recurrente según el cual carecía de capacidad decisoria en las materias en las que había ofrecido su auxilio. Ante esta alegación, la Sala recuerda que el delito de cohecho no exige que el funcionario que solicita la dádiva sea el encargado del acto comprometido con el administrado. Antes bien, según señala la sentencia, «los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario», y, en este sentido, «relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que el particular entienda que le es posible la realización del acto requerido, que en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejercitar en el uso de sus específicas competencias, sino sólo con ellas relacionado».

Finalmente, el Tribunal recuerda que el cohecho activo del funcionario público es un delito unilateral que se comete con la mera realización de la conducta por la que se ofrece el acto correspondiente a cambio de una dádiva. No afecta, pues, a la consumación que la contraprestación se haya recibido efectivamente. Por tanto, cada uno de los ofrecimientos realizados por el acusado eran constitutivos de delito de cohecho, siendo, así, correcta la calificación de los hechos como delito continuado realizada en la instancia y mantenida en la apelación.

También es digna de mención en materia de cohecho la *sentencia del Tribunal Supremo núm. 474, de 6 de junio*. Según los hechos declarados probados, los concejales de cultura y urbanismo del Ayuntamiento de Gondomar alcanzaron un acuerdo a finales de 2006 para enriquecerse favoreciendo la aprobación de determinados proyectos urbanísticos. A estos efectos, se pusieron en contacto con el arquitecto que intervenía en los referidos proyectos, incitándole a que actuara como interlocutor con los promotores y constructores de las obras, a los que los concejales pensaban reclamar la cantidad de 180.000 euros por cada una de las actuaciones urbanísticas en cuestión. El arquitecto aceptó actuar como intermediario de los cobros y realizó la labor de mediación solicitada en relación con tres proyectos urbanísticos distintos. Los hechos declarados probados en

instancia también reconocen que los acusados colaboraron desde su primera declaración con la administración de justicia, aportando datos esenciales sobre dos de las operaciones urbanísticas, por las que, en principio, no se había incoado la causa.

Apreciando una atenuante analógica muy cualificada de confesión, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de acuerdo con el veredicto del Tribunal del Jurado, impuso a cada uno de los dos concejales acusados, y por cada uno de los tres delitos cohecho objeto de acusación, las penas de multa (de 45.000 euros para el concejal de cultura y 180.000 euros para el de urbanismo) y de suspensión de cargo público (de seis meses para el concejal de cultura y un año para el concejal de urbanismo). El arquitecto intermediario también fue condenado como cooperador necesario de los tres delitos de cohecho cometidos. Se le impusieron, en esta condición de partícipe accesorio, penas de multa (de 22.500 euros cada una) y de suspensión para el ejercicio de la arquitectura relacionado con la administración pública (de cinco meses de duración cada una de ellas).

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia dictada por el magistrado presidente del Tribunal de Jurado. En este caso, todas las impugnaciones presentadas por las defensas en vía casacional se refirieron a cuestiones procesales, algunas de ellas relacionadas con la posible violación de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y la autodeterminación informativa. El Tribunal Supremo rechaza en la sentencia de casación estas impugnaciones y confirma íntegramente la resolución dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

4. Malversación de caudales públicos

En materia de malversación destaca, en el ámbito local, el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo en la *sentencia núm. 199, de 15 de marzo*, en la que el alto tribunal acaba revocando la condena inicialmente recaída en instancia, por la debilidad de la fundamentación probatoria. La Sala 2.^a condena, finalmente, a dos de los tres acusados por delitos de negociaciones prohibidas a funcionario público y por fraude cometido por funcionario.

En la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Baleares se había declarado probado que un concejal del Ayuntamiento de Lluçmajor y su secretaria (y compañera sentimental) habían constituido cuatro sociedades, de las que el primero era gestor de hecho —y, en un caso particular, también apoderado— y la segunda era administradora social. Los dos acusados se habían concertado para obtener adjudicaciones perjudiciales para la Corporación en el área de gestión propia del concejal implicado. Según los hechos probados, el alcalde había conocido este concierto ilícito y, pese a ello, había conferido al concejal competencias en áreas determinadas de la actividad municipal, asegurándose así su apoyo político. De este modo, los dos primeros acusados obtuvieron varias adjudicaciones y recibieron del Ayuntamiento, según los casos, un precio superior

al del servicio prestado o una contraprestación por servicios que nunca llegaron a realizarse. Según la sentencia, el concejal acusado llegó incluso a ordenar en su propio favor diversos pagos duplicados. Los hechos probados narraban, acto seguido, las concretas operaciones ilícitas y fijaban el perjuicio económico causado a la entidad local.

De acuerdo con estos hechos, la Audiencia de Baleares condenó a los tres acusados —concejal, secretaria y alcalde— como autores de un delito de malversación de caudales públicos —con atenuante analógica de dilaciones indebidas—, imponiendo al concejal la pena de cuatro años de prisión y ocho años de inhabilitación absoluta, a su secretaria —a la que aplicó una atenuante analógica de «no ser funcionaria pública»— la pena de dos años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis años, y al alcalde de la localidad la pena de tres años de prisión, con inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso interpuesto por los acusados. Señala, para ello, que la propia sentencia de instancia reconoce el contenido exacto del pacto que habían alcanzado el concejal y el alcalde era desconocido. Es más, la propia sentencia llega a decir que el alcalde probablemente no intervino en la «trama societaria urdida» —aunque no descarta la «mera posibilidad» de que se reservase a su favor algún lucro ilícito—. El Tribunal Supremo rechaza estas afirmaciones del tribunal de instancia, que considera una «gratuita especulación sobre la avidez» de los acusados y denuncia la indefinición de los hechos probados. Dicha indefinición también podía observarse en todo lo relativo a la ilegalidad de los procedimientos de adjudicación utilizados.

El Tribunal Supremo señala además —«por si fuera poco el cúmulo de dudas del tribunal [de instancia] sobre el acuerdo de lucro ilícito y la ilegalidad de los procedimientos»— la inconsistencia de lo que la Audiencia de Baleares «llega a afirmar sobre la realidad del expolio económico». Según la sentencia recurrida, no se podía considerar probada la causación de un grave daño económico al Ayuntamiento. Finalmente, según constata la Sala 2.^a, el tribunal de instancia tampoco «realiza esfuerzo alguno en sede de fundamentación jurídica por justificar el importe de lo defraudado», que identifica sin más con el conste del servicio adjudicado. En todos estos extremos considera, pues, el Tribunal Supremo que no se cumplen las exigencias que se derivan de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, circunstancia agravada por el «displicente desdén» mostrado en la sentencia de la Audiencia respecto de los medios probatorios que podían generar una duda razonable sobre la tesis acusatoria.

De acuerdo con todos estos argumentos, el Tribunal Supremo casa la resolución de instancia y dicta una segunda sentencia. En ella considera probada la infracción dolosa por parte del concejal, con el auxilio imprescindible de su secretaria, de las normas que establecían su régimen de incompatibilidad —ya que figuró como apoderado de una de las sociedades y llegó a contratar, en tal concepto, con la administración pública municipal—. De otra parte, también se considera probado en la segunda sentencia que el acusado creó, nuevamente con la colaboración imprescindible de su secretaria, un entra-

mado de sociedades con la intención de contratar ventajosamente con el Ayuntamiento, aprovechando a estos efectos su condición de concejal. Los acusados tenían previsto realizar estas contrataciones «en condiciones de beneficio máximo para las empresas y con un coste superior al habitual de mercado para la administración municipal en beneficio propio». No se hace mención, sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo a la consumación de algún perjuicio para la administración que pueda considerarse constitutivo de malversación, dada la insuficiencia probatoria al efecto. Tampoco se da por probada participación alguna del alcalde.

En consecuencia, la segunda sentencia absuelve al alcalde de la localidad de todos los cargos formulados en su contra. Condena, en cambio, al concejal acusado, por la violación del régimen de incompatibilidad, como autor de un delito de negociación prohibida a funcionario público del art. 441 CP, imponiéndole la pena de nueve meses de multa y dos años de suspensión de empleo o cargo público, y por un delito de fraude cometido por funcionario público —por la creación del entramado societario— le impone las penas de dos años de prisión y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años. A la coacusada se la considera cooperadora necesaria de los dos delitos cometidos por el concejal y se le impone, en consecuencia, una pena inferior a la fijada para el autor del hecho.

También es de interés, en materia de malversación, la *sentencia del Tribunal Supremo núm. 784, de 5 de octubre*, sobre todo en lo relativo a la apreciación del subtipo agravado por el perjuicio causado a la corporación local y el entorpecimiento sufrido por el servicio público. El caso planteado se refería a las actividades llevadas a cabo por el director general de la empresa LIMUSA, sociedad anónima constituida por el Ayuntamiento de Lorca para realizar los servicios municipales de recogida domiciliaria de basuras, limpieza viaria y limpieza de edificios y centros públicos dependientes del Ayuntamiento. El Tribunal del Jurado, constituido en el ámbito de la Audiencia Provincial de Murcia, condenó al director general de esta entidad como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos, aplicando el subtipo de especial gravedad del art. 432.2 CP. Esta infracción estaba en concurso ideal con un delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 CP. De acuerdo con esta calificación jurídica, la sentencia de instancia impuso al acusado las penas de siete años de prisión y de diecisiete años y seis meses de inhabilitación absoluta. En concepto de responsabilidad civil, el acusado fue condenado a abonar al Ayuntamiento de Lorca la cantidad malversada más los intereses legales del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Según el tribunal provincial, el acusado había pagado a las empresas proveedoras de LIMUSA servicios que nunca habían sido prestados, había detraído importantes cantidades de dinero para gastos estrictamente personales y familiares —por ejemplo, había empleado fondos de la empresa para hacer pagos en clubes de alterne o para costear los estudios de odontología realizados por la hija del acusado—. También había utilizado a los empleados de esta empresa municipal para que realizaran, en su jornada de trabajo, tareas privadas del acusado. En la realización de los gastos ilícitos, el acusado había llega-

do a apropiarse, entre 2003 y 2007, de fondos públicos por valor de 831.621 euros —lo que equivalía, según la sentencia de instancia, a un 20 por 100 anual del presupuesto de la empresa—. La sentencia fue confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que realizó argumentaciones adicionales sobre la corrección de la calificación jurídica agravada. El Tribunal Supremo ratifica este pronunciamiento en la sentencia de casación.

En relación con la especial gravedad de lo malversado, el recurrente alegaba en casación que la apreciación del importe malversado se había fundado erróneamente en el cómputo de los gastos correspondientes a cinco ejercicios. Los gastos realizados en cada uno de ellos no alcanzaban, pues, el 20 por 100 del importe del presupuesto anual de la entidad. Frente a esta argumentación, la sentencia de apelación del Tribunal Superior de Justicia también había fundado la calificación jurídica agravada en «el daño o entorpecimiento del servicio público». A juicio del tribunal de apelación, el acusado, de un lado, había detruido importantes sumas para emplearlas en gastos abusivos de comidas, viajes y pagos de clubes de alterne, así como para el pago de la carrera de odontología de su hija o para la autoconcesión de incrementos salariales desproporcionados. En segundo lugar, el empleo de los trabajadores de la empresa municipal en las tareas privadas del director general había obstaculizado claramente el desarrollo normal del servicio público. En palabras del TSJ de Murcia: «Si se ordena a funcionarios públicos que realicen trabajos ajenos a su función pública durante su jornada laboral, de manera regular y continuada, el entorpecimiento y daño al servicio público se muestra patente».

Aunque el Tribunal Supremo confirma la aplicación de la calificación agravada, da la razón al recurrente en que el subtipo cualificado de malversación se había apreciado en primera instancia de acuerdo con un «criterio cualitativamente erróneo» —pues, en efecto, se había dado a entender que el caudal sustraído equivalía al 20 por 100 del presupuesto anual de la empresa pública perjudicada, siendo, en realidad, el porcentaje correcto, en relación con cada ejercicio anual, del 3,7 por 100—. Estima, sin embargo, el alto tribunal que la cantidad malversada superó los 600.000 euros, cantidad a partir de la cual ha de entenderse, según tiene reconocido la jurisprudencia de la Sala 2.^a, que necesariamente se produce un entorpecimiento del servicio público.

En cuanto a los otros criterios utilizados por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el Tribunal Supremo estima, de una parte, que el destino dado a los caudales malversados no tiene relevancia en relación a la entorpecimiento del servicio público —presentando además este criterio, según la Sala 2.^a, «ciertas connotaciones de reproche moral»—. Sin embargo, la dedicación de los trabajadores de la empresa a tareas privadas sí sirve para reforzar la corrección de la aplicación del subtipo agravado. En suma, «dada la elevada suma total malversada y la repercusión que en el caso concreto tuvo para el desarrollo del servicio de limpieza municipal y los intereses generales de los ciudadanos del Ayuntamiento de Lorca», el Tribunal Supremo considera que «los criterios utilizados por la Sala de instancia se ajustan a Derecho y que ha de ser confirmada la aplicación del subtipo agravado».

5. Delitos relacionados con la actividad de la policía local

Destaca, por su gravedad, el caso resuelto por la *sentencia del Tribunal Supremo núm. 958, de 27 de noviembre*. En la resolución de instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona había considerado probado que dos agentes de la Guardia Urbana de dicha ciudad —en represalia por una previa pelea en una discoteca, que había enfrentado a la víctima con uno de los referidos funcionarios—, habían llevado al detenido a una estancia de las dependencias policiales donde le propinaron puñetazos, patadas, así como varios golpes, continuando su agresión cuando el detenido ya había caído al suelo. Cuando la víctima pudo levantarse, uno de los acusados le apagó un cigarro en el hombro izquierdo y el otro le restregó una fregona por la cara. En un momento dado, uno de los dos agentes acusados pidió en voz alta una pistola al tiempo que le preguntaba al detenido si quería que le enseñara un juego. Mientras agredían a su víctima, los agentes acusados le formulaban preguntas sobre su vida familiar y personal. A consecuencia de las agresiones, el detenido sufrió diversas lesiones, sobre todo de índole psíquica. Sufrió, así, ansiedad y estados de depresión transitoria que necesitaron para la curación de tratamiento consistente en asistencia psiquiátrica y psicoterapia individual.

Por estos hechos, la Audiencia condenó a los dos agentes de Guardia Urbana como autores de un delito consumado de torturas graves del art. 174 del Código Penal, imponiendo a cada uno de ellos la pena de prisión de dos años y tres meses y la de inhabilitación absoluta de ocho años y tres meses. La sentencia de instancia también estableció la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Barcelona. Estos pronunciamientos son confirmados por el Tribunal Supremo en la sentencia de casación.

En el ámbito probatorio, el recurso de casación presentado por los agentes condenados discutía la suficiencia, en las circunstancias del caso, de la declaración de la víctima para sustentar una sentencia de signo condenatorio. La declaración prestada por el testigo-víctima no habría reunido, así, los requisitos de persistencia, verosimilitud y ausencia de incredulidad subjetiva que vienen siendo exigidos por la jurisprudencia. Ante esta alegación, el Tribunal Supremo reconoce, en efecto, «el protagonismo probatorio corresponde a lo dicho por la víctima» pero señala que, en la valoración de la misma, «la argumentación de la sentencia recurrida está muy lejos de la arbitrariedad» —como canon de valoración propio de la casación— y rechaza, en este aspecto, el recurso presentado.

En materia de calificación jurídica, la impugnación casacional sostenía que los hechos declarados probados por la Audiencia no podían incardinarse en el delito de torturas previsto en el art. 174 CP. Éste exige, a juicio de los recurrentes, «un plus de vejación y humillación» que, en su opinión, no concurre en el caso planteado. Ante esta argumentación, el Tribunal Supremo señala que los delitos contra la integridad moral protegen la idea misma de la inviolabilidad del ser humano, entendida como el

«derecho a ser tratado como persona y no como cosa». La integridad moral es, así, «un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el hecho solo de serlo» que implica la prohibición constitucional del uso instrumental del sujeto y «de imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo». La tortura, como atentado contra la integridad moral, se identifica «con sufrimientos físicos o mentales» impuestos por quien sea autoridad o funcionario público en el ejercicio de su cargo con el fin «de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido». Esta tortura tiene una penalidad diversa en el texto punitivo según «la naturaleza, duración y otras circunstancias» de los procedimientos empleados por las autoridades públicas.

La Sala 2.^a estima que todos estos requisitos concurren en el caso enjuiciado, en el que la tortura se había verificado con ánimo vindicativo. Si las agresiones físicas realizadas en represalia por el delito atribuido al detenido podían ya ser suficientes para sustentar esta calificación jurídica, el alto tribunal entiende además que «las referencias a una pistola, a la imputación de un delito con maliciosas referencias a un juego con la misma y restregar una fregona por la cara de la víctima, durante un considerable tramo de tiempo, realzan la afrenta a la dignidad a que hace referencia la doctrina que acabamos de exponer sobre el tipo penal aplicado». Además, el Tribunal Supremo también rechaza la aplicación subsidiaria del tipo previsto en el art. 175, al considerar que este tipo penal depende más de la ausencia del elemento teleológico que de la gravedad de la afrenta verificada a la dignidad de la persona. Se mantiene, pues, la condena de instancia por delito de torturas.

También es reseñable la *sentencia del Tribunal Supremo núm. 757, de 11 de octubre*. En este caso, la sentencia de instancia, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, había absuelto a dos agentes de Policía Local del Ayuntamiento de Pedrera —uno de ellos en prácticas— de un delito de detención ilegal. Los agentes, tras un altercado con un conductor de un vehículo, habían procedido a la detención de éste por la comisión de un delito de atentado. La Sala andaluza no consideró probado que se produjera una detención ilegal, ya que los detalles del altercado no fueron suficientemente esclarecidos con la prueba practicada en el acto del juicio oral. El Tribunal Supremo mantiene la sentencia de instancia al considerar que la valoración probatoria de la Audiencia no fue absolutamente irrazonable. Recuerda, en este sentido, que el Derecho criminal español no establece un «principio de legalidad invertida» que conceda a la víctima del delito un derecho material a la condena. El proceso penal es un sistema de garantías, en el que, frente a la pretensión pública de imposición de la pena —como potestad estatal identificada con el *ius puniendi*—, deben protegerse los derechos fundamentales del ciudadano que, presumido inocente, ve peligrar su estatuto jurídico individual. Rechaza, en consecuencia, realizar una valoración probatoria alternativa, propuesta por el recurrente, adicional a la que realizada en instancia, en condiciones de inmediación, dio lugar a una sentencia absolutoria.