

---

# Novedades sobre los delitos relacionados con la corrupción en la Administración local

Ana Belén VALVERDE-CANO  
*Investigadora Ramón y Cajal en el Área de Derecho Penal*  
*Universidad Complutense de Madrid*  
ORCID ID: 0000-0001-5580-5365

**Palabras clave:** Derecho penal; prevaricación; cohecho; malversación; funcionarios públicos; jurisprudencia.

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

**SUMARIO:** 1. NOVEDADES NORMATIVAS: 1.1. Modificaciones al Código Penal. 1.2. Otras normas con relevancia penal: 1.2.1. Ley de protección del informante (*whistleblower*). 1.2.2. Proposición de Ley Orgánica sobre la amnistía de los delitos relacionados con el «procés».—2. NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA: 2.1. Delitos de prevaricación administrativa: 2.1.1. Participación del *extraneus* en el delito especial. 2.1.2. Relación entre el delito de prevaricación y el de fraude a la Administración. 2.1.3. Prevaricación omisiva. 2.1.4. La diferencia entre el ilícito administrativo y el injusto penal. 2.1.5. Unidad de acción y continuidad delictiva en el delito de prevaricación. 2.2. Delitos de cohecho: 2.2.1. Participación subsiguiente en el delito de cohecho. 2.2.2. Coautoría en el delito de cohecho. 2.3. Delitos de malversación: 2.3.1. Carácter público de los bienes incautados por la policía. 2.3.2. Malversación y continuidad delictiva. 2.3.3. Malversación omisiva. 2.3.4. Redacción más favorable al reo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre. 2.3.5. Participación del *extraneus* en el delito de malversación. 2.4. Otros.

## 1. NOVEDADES NORMATIVAS

### 1.1. Modificaciones al Código Penal

En 2023, el Código Penal fue objeto de tres reformas en febrero<sup>1</sup>, marzo<sup>2</sup> y abril<sup>3</sup>. De ellas, la que tiene alguna relevancia en el ámbito local es la *Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, en materia de maltrato animal*. Así, se modifican los arts. 335 y 336, se suprimen los arts. 337 y 337 bis y se introduce un nuevo título XVI bis titulado «De los delitos contra los animales», que contiene cuatro nuevos artículos numerados como 340 bis, 340 ter, 340 quater y 340 quinquies CP.

Los arts. 335 y 336 CP quedan redactados en los siguientes términos:

«Art. 335 CP.

1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años y privación del derecho para la tenencia y porte de armas por el mismo periodo.

2. El que cace o pesque o realice actividades de marisqueo relevantes sobre especies distintas de las indicadas en el artículo anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular o sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola sin el debido título administrativo habilitante, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar, pescar o realizar actividades de marisqueo por tiempo de uno a tres años y privación del derecho para la tenencia y porte de armas por el mismo periodo, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo.

3. Si las conductas anteriores produjeran graves daños al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético especial o a la sostenibilidad de los recursos en zonas de concesión o autorización marisquera o acuícola, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de cazar, pescar, y realizar actividades de marisqueo por tiempo de dos a cinco años y privación del derecho para la tenencia y porte de armas por el mismo periodo<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.*

<sup>2</sup> *Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal.*

<sup>3</sup> *Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*

<sup>4</sup> En realidad, las únicas modificaciones en relación con la redacción anterior son las penas: en el apartado 1 se añade la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años; en los apartados 2 y 3 la de privación del derecho para la tenencia y porte de armas. Además, se suprime el apartado 4, que obligaba a imponer la pena en su mitad inferior cuando las conductas tipificadas

Art. 336 CP.

El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de uno a tres años, con la privación del derecho para la tenencia y porte de armas por el mismo periodo. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior»<sup>5</sup>.

Los nuevos arts. 340 *bis* y 340 *ter* CP tipifican las conductas de maltrato de animal vertebrado, agravado cuando es doméstico o domesticado:

«Art. 340 *bis* CP.

1. Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de seis a doce meses y con la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales el que fuera de las actividades legalmente reguladas y por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual, cause a un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud. Si las lesiones del apartado anterior se causaren a un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de tres a doce meses o multa de tres a seis meses, además de la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. Si el delito se hubiera cometido utilizando armas de fuego, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente la pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas por un tiempo de uno a cuatro años.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias agravantes: *a)* Utilizar armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas que pudieran resultar peligrosas para la vida o salud del animal. *b)* Ejecutar el hecho con ensañamiento. *c)* Causar al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal. *d)* Realizar el hecho por su propietario o quien tenga confiado el cuidado del animal. *e)* Ejecutar el hecho en presencia de un menor de edad o de una persona especialmente vulnerable. *f)* Ejecutar el hecho con ánimo de lucro. *g)* Cometer el hecho para coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico a quien sea o haya sido cónyuge o a persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. *h)* Ejecutar el hecho en un evento público o difundirlo a través de tecnologías de la información o la comunicación. *i)* Utilizar veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva.

---

en el artículo se realizaran «en grupo de tres o más personas o utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente».

<sup>5</sup> Respecto a la redacción anterior, se añade la pena de privación del derecho para la tenencia y porte de armas.

3. Cuando, con ocasión de los hechos previstos en el apartado 1 de este artículo, se cause la muerte de un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano, se impondrá la pena de prisión de doce a veinticuatro meses, además de la pena de inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. Cuando, con ocasión de los hechos previstos en el apartado primero de este artículo, se cause muerte de un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses o multa de dieciocho a veinticuatro meses, además de la pena de inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. Si el delito se hubiera cometido utilizando armas de fuego, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente la pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas por un tiempo de dos a cinco años. Cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior, el juez o tribunal impondrá las penas en su mitad superior.

4. Si las lesiones producidas no requiriesen tratamiento veterinario o se hubiere maltratado gravemente al animal sin causarle lesiones, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días. Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Art. 340 *ter* CP.

Quien abandone a un animal vertebrado que se encuentre bajo su responsabilidad en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales».

Por último, el art. 340 *quater*<sup>6</sup> CP extiende la responsabilidad por estas conductas a las personas jurídicas y el art. 340 *quinquies* CP establece la posibilidad de adoptar medidas cautelares<sup>7</sup>. Según la Exposición de Motivos de la Ley, estas modificaciones enmiendan una de las más evidentes carencias del régimen anterior de protección de

<sup>6</sup> Art. 340 *quater*: «1. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este título, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista en la ley una pena de prisión superior a dos años. b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos. 2. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 *bis*, en los supuestos de responsabilidad de personas jurídicas los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en el art. 33.7, párrafos b) a g)».

<sup>7</sup> Art. 340 *quinquies*: «Los jueces o tribunales podrán adoptar motivadamente cualquier medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título, incluyendo cambios provisionales sobre la titularidad y cuidado del animal. Cuando la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales recaiga sobre la persona que tuviera asignada la titularidad o cuidado del animal maltratado, el juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, adoptará las medidas pertinentes respecto a la titularidad y el cuidado del animal».

los animales, que dejaban fuera de su ámbito de aplicación las conductas de maltrato de animales silvestres que vivían libres en su medio natural y que, por no pertenecer a especies protegidas, resultaban impunes. Es preciso tener en cuenta, no obstante, que no todas las agresiones a animales son objeto de represión penal, puesto que quedan excluidas las actividades legalmente reguladas. Sobre este punto son especialmente útiles los trabajos de A. E. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «Los delitos de maltrato animal tras su reforma por las leyes de bienestar y maltrato animal», *Diario La Ley*, núm. 10259, 21 de marzo de 2023, que sostiene que «el ámbito de aplicación del delito de maltrato animal es la regla general que se extiende a cualesquiera animales, siendo su exclusión una excepción justificada por una regulación legal de carácter sectorial que tiene presente otras consideraciones»; y de J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», *Diario La Ley*, núm. 10282, 9 de mayo de 2023. Este autor recuerda que la determinación de los animales vertebrados excluidos —adaptación de la eximente completa del ejercicio legítimo de un derecho— debe realizarse mediante una regulación legislativa y no meramente administrativa. También son muy pertinentes sobre esta cuestión los trabajos de A. AZNAR DOMINGO y F. MARTÍN GARCÍA, «Los delitos de maltrato animal tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 166, 2024; A. VELA MOURIZ, «La reforma de los delitos de maltrato animal (LO 3/2023, de 28 de marzo)», *Diario La Ley*, núm. 10261, 4 de abril de 2023; V. MAGRO SERVET, «El “maltrato vicario” a los animales en la violencia de género en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», *Diario La Ley*, núm. 10262, 5 de abril de 2023. Por último, destaca el trabajo de E. HAVA GARCÍA, «¿Hacia dónde va la política criminal española sobre maltrato animal?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 25, núm. 23, 2023, pp. 1-45, muy crítica con la nueva regulación porque, a su juicio, no logra alcanzar los objetivos propuestos por la teoría del «bienestar animal», ni los de la tesis de los «derechos de los animales».

En el año 2023 también entró en vigor la reforma del Código Penal que eliminó los delitos de sedición y modificó sustancialmente los de malversación y desórdenes públicos (arts. 577 a 577 *ter* CP). Como se indicó en el anterior informe de 2022, esta *Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre*, reconfigura los arts. 432 y 433 CP (malversación) y los escinde en tres modalidades que van de mayor a menor gravedad: en primer lugar, la apropiación de patrimonio público con ánimo de lucro (art. 432 CP); en segundo lugar, el uso temporal de bienes públicos y su reintegro (art. 432 *bis* CP); y, por último, los desvíos presupuestarios o gastos de difícil justificación (cláusula subsidiaria del art. 433 CP). De esta manera, recupera el modelo anterior a la reforma de 2015, diferenciando según el grado de afectación del patrimonio, por un lado, y de la función pública, por otro. Común a las tres modalidades es la noción de patrimonio público, que el nuevo art. 433 *ter* define auténticamente como el «conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas», excluyendo así la posibilidad de una concepción puramente jurídica del patrimonio público.

«Art. 432 CP.

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

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

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

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

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

Art. 432 *bis* CP.

La autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destinare a usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años, y suspensión de empleo o cargo público de uno a cuatro años.

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

Art. 433 CP.

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

También se crea un nuevo delito especial en el art. 438 *bis* CP, conocido informalmente como delito de «enriquecimiento ilícito»—aunque se trata más bien de un delito de infracción del deber de informar—, que castiga el incumplimiento de la obligación de informar y justificar los incrementos patrimoniales de más de 250.000 euros que se hubieran producido hasta cinco años después de haber desempeñado un cargo público:

«Art. 438 *bis* CP.

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

No está de más recordar que la Exposición de Motivos trata de despejar las dudas sobre la constitucionalidad de este delito, indicando que lo que se castiga es la desobediencia (la premisa es que los funcionarios tienen un deber previo de ejercitar la función pública en condiciones de transparencia) y, por tanto, no se trata de un delito «de sospecha». Para incurrir en el tipo penal, indica, «no basta con poseer un patrimonio cuyo origen no sea explicable a partir de los ingresos declarados, sino que debe existir un requerimiento previo por parte de los organismos administrativos o judiciales competentes para la comprobación de dicho patrimonio. Sólo ante la negativa a detallar a dichos órganos el origen de un incremento patrimonial o de una cancelación de deudas o ante una explicación manifiestamente falsa sobre los mismos se incurriría en el tipo penal». Esto, sostiene, despeja las dudas sobre su constitucionalidad por la colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Doctrinalmente, el estudio de las reformas ha generado una abundante producción científica. Examinan su alcance, efectos y lagunas, entre otros: I. RODRÍGUEZ DE LA RIVA, «El delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal y su dificultad actual para luchar de forma práctica contra la corrupción», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 268, 2023, pp. 111-144; J. GARCÍA GONZÁLEZ, «Algunas consideraciones sobre la reforma del delito de malversación y la protección penal del patrimonio público», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 10, 2023, pp. 59-72; D. ARNAIZ BOLUDA, «De la reforma del delito de malversación de 2022», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2023; E. DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, «La reforma del delito de malversación», *Jueces para la Democracia*, núm. 106, 2023, pp. 39-46; A. HERNÁNDEZ ROYO, «Desórdenes, desórdenes agravados y desórdenes legislativos: los efectos de la reforma de los delitos de malversación y sedición en el *procés*», *La Ley Penal*, núm. 160, 2023; J. RIBA CIURANA, «La interpretación del nuevo artículo 433 CP de malversación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2023; A. ZÁRATE CONDE, «El delito de malversación a la luz de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 23 de diciembre», *La Ley Penal*, núm. 160, 2023, pp. 1-21; J. MUÑOZ CUESTA, «El delito de malversación en la LO 14/2022, de 22 de diciembre», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2023. Destacan los minuciosos estudios de M. A. HERNÁNDEZ MORALES, «La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español: ¿Un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023,

pp. 1-48; A. J. MOSQUERA BLANCO, «Reforma y contrarreforma del delito de malversación, Estudios penales y criminológicos», núm. 43, 2023, pp. 398-426; y dos obras colectivas. La primera, coordinada por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, se titula *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. Son especialmente relevantes los Capítulos 8 (sobre malversación, pp. 146-164, escrito por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC) y 10 (sobre la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades, pp. 189-234, de A. RAGA I VIVES). La segunda está dirigida por L. MORILLAS CUEVA, y se titula *Corrupción privada, transparencia y gestión pública*, Dykinson, Madrid, 2023. En ella destaca del capítulo escrito por M. A. CANO PAÑOS («El delito de malversación en el Derecho Penal español tras la reforma del año 2022. Cuestiones jurídico-penales sobre la base del “*procés*” y del Derecho Comparado»), en pp. 491-520.

## 1.2. Otras normas con relevancia penal

Es preciso señalar otras dos normas con relevancia penal para la Administración local. La primera es la *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. La segunda es la *Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*. Aunque en este último instrumento aún se encuentra en fase de tramitación parlamentaria, su indiscutible importancia hace que sea conveniente examinarla, aunque sea sucintamente.

### 1.2.1. *Ley de protección del informante* (whistleblower).

Con esta ley se pretende perseguir mejor las infracciones graves del Derecho nacional o de la Unión Europea, reforzando la protección de aquellos que emplean los canales de denuncia, a los que la ley denomina «informantes». Como apunta el art. 2, se protegen las personas físicas —del sector público o privado *ex* art. 3— que, empleando los cauces previstos en la ley, informen sobre «[a]cciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave»<sup>8</sup>. Únicamente se excluye de la protección las informaciones que afecten a información clasificada o las re-

---

<sup>8</sup> Aunque no tiene que ver con la *Ley 2/2023, de 20 de febrero*, es preciso tener en cuenta que la *Ley Orgánica 10/2022, de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual* obliga a las empresas y a las Administraciones públicas unos cauces internos para las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de conductas contra la libertad sexual o la integridad moral en el trabajo. Así, el art. 12 indica: «1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en el art. 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital».

lativas a la «tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado».

Además de un canal externo de información, se configura un sistema interno como cauce preferente del que deben disponer las personas jurídicas obligadas por la ley, incluidas las entidades del sector público (art. 13). Este sistema tiene que asegurar la confidencialidad de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la información, así como su protección (art. 5); y su supervisión a cargo de un responsable, perfilado como un órgano independiente con la dotación necesaria para cumplir su función y que no puede recibir instrucciones de ningún tipo (art. 8). Como indica el art. 15, las entidades públicas pueden externalizar la gestión de este sistema interno, pero sólo si acreditan la insuficiencia de medios propios. Además, se les permite compartir la gestión con otros municipios u Administraciones, pero únicamente en los supuestos del art. 14 y siempre y cuando se pueda garantizar que los sistemas resultan independientes entre sí y no generan confusión en los ciudadanos.

Si hay indicios de que los hechos pueden ser constitutivos de delito, debe remitirse la información al Ministerio Fiscal o la Fiscalía Europea (si los hechos afectan a intereses financieros de la UE). El procedimiento de gestión de las informaciones por esta vía interna trata de salvaguardar el equilibrio entre el fin de la norma, que es combatir la corrupción, y otros intereses importantes, como la presunción de inocencia, la protección del honor de las personas afectadas y la protección de datos personales. La ley reconoce que puede incurrirse en responsabilidad penal si la forma de acceso o la revelación encajan en el tipo penal (apdos. 1, 2 y 3 del art. 38)<sup>9</sup>. Para evitar el enorme desincentivo para informar que supone el enfrentarse a una posible responsabilidad penal por la revelación, quizá podrían explorarse vías para eximir de responsabilidad, como la aplicabilidad directa de la Directiva a través de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP).

---

<sup>9</sup> Art. 38. «Medidas de protección frente a represalias. 1. No se considerará que las personas que comuniquen información sobre las acciones u omisiones recogidas en esta ley o que hagan una revelación pública de conformidad con esta ley hayan infringido ninguna restricción de revelación de información, y aquellas no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha comunicación o revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para revelar una acción u omisión en virtud de esta ley, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2.3. *Esta medida no afectará a las responsabilidades de carácter penal.* Lo previsto en el párrafo anterior se extiende a la comunicación de informaciones realizadas por los representantes de las personas trabajadoras, aunque se encuentren sometidas a obligaciones legales de sigilo o de no revelar información reservada. Todo ello sin perjuicio de las normas específicas de protección aplicables conforme a la normativa laboral. 2. Los informantes no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, *siempre que dicha adquisición o acceso no constituya un delito.* 3. Cualquier otra posible responsabilidad de los informantes derivada de actos u omisiones que no estén relacionados con la comunicación o la revelación pública o que no sean necesarios para revelar una infracción en virtud de esta ley será exigible conforme a la normativa aplicable».

La transposición en España de la «Directiva *Whistleblowing*» ha despertado un enorme interés académico. Destacan los novedosos (y exhaustivos) trabajos de: J. LEÓN ALA-PONT, *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; J. M. AYALA DE LA TORRE y J. M. BUENO SÁNCHEZ, *La protección del informante en el Derecho español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023; L. JERICÓ OJER, «Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 25, núm. 8, 2023, pp. 1-55; J. A. FERNÁNDEZ AJENJO, *Comentarios a la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; J. M. PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS (coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, La Ley, Madrid, 2023; O. CAPDEFERRO VILLAGRASA, «Canales de denuncia», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 25, 2023, pp. 285-309; E. JUEZ-RUBIO, «La Directiva *Whistleblowing*. La protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión», *La Ley Penal*, núm. 164, 2023; A. UZAL SÁNCHEZ, «La tutela del *Whistleblower* frente a represalias empresariales. Una laguna en el ordenamiento jurídico español», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 71, núm. 1, 2023, pp. 347-375; A. CASALS FERNÁNDEZ, «*Whistleblowers*: la lucha contra las conductas ilícitas. Análisis de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y la lucha contra la corrupción», *La Ley Penal*, núm. 161, 2023. También son útiles para el sector público los análisis de P. IGLESIAS REY, «Implicaciones de la nueva ley de protección del informante la exigencia de los canales de denuncia en el sector público como un elemento nuclear de los sistemas de integridad», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 81, 2023, pp. 164-178 (que centra el análisis en la afectación de los canales de denuncias en el sector público); el de J. SIERRA RODRÍGUEZ, «Los sistemas internos de Información en la Ley 2/2023 de protección de personas Informantes: un análisis jurídico ante su inmediata exigibilidad», *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 24, 2024, pp. 70-98 (donde reflexiona sobre los elementos que considera claves para que funcionen correctamente estos sistemas internos); y el de M. PAJARÓ CALVO, «Las entidades locales ante la “Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción”», *Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. extra 3, 2023.

Otros trabajos abordan los retos que plantea la nueva ley desde la perspectiva de los programas de cumplimiento, como el de A. ALDEA GAMARRA, «Implicaciones en el contexto del compliance derivadas de la Directiva *Whistleblowing* y su transposición al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracción», *Revista de Estudios Europeos*,

núm. 83, 2024, pp. 92-113; y el de A. GÁLVEZ JIMÉNEZ, «*Compliance programs* y canales de denuncias internos en el ámbito privado: efectos de la Ley *Whistleblower* (Ley 2/2023, de 20 de febrero)», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 141, 2023, pp. 91-122.

Desde la perspectiva administrativa o procesal, destacan trabajos como el de S. OUBIÑA BARBOLLA, «Luces y sombras en la puesta en marcha de los canales de información de la Ley 2/2023: cuando el tiempo importa», *Diario La Ley*, núm. 10334, 2023; J. M. PÉREZ MONGUIÓ, «Red o telaraña: las condiciones para la protección del informante», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 18, 2023, pp. 133-163; J. VIGURI CORDERO, «Los retos de la protección de las personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023: un derecho en vías de consolidación», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 17, 2023, pp. 271-298; S. FERNÁNDEZ RAMOS, «Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante. Ámbito material de aplicación», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63, 2023; J. GIMENO BEVIÁ, «El derecho de defensa en la ley 2/2023 de protección del informante. La otra cara de la moneda», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 8, 2023, pp. 9-34; M. BARCELÓ MOYANO, «Obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal en la nueva ley de protección de *whistleblowers*», *Actualidad Jurídica*, vol. 61, núm. 1, 2023; A. M. VICARIO PÉREZ, «La Directiva *Whistleblowing*: un paso más en la privatización del proceso penal. Especial referencia a las entrevistas en las investigaciones internas», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, núm. 9, 2023, pp. 689-722; H. C. A. VALVANERA CAMPOS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «Implicaciones, y posibles incógnitas, tras la entrada en vigor de la Ley de Protección al Informante», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 70, 2023, pp. 73-86.

### 1.2.2. *Proposición de Ley Orgánica sobre la amnistía de los delitos relacionados con el «procés»*

Esta Proposición de Ley Orgánica, que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria en el momento en que se escriben estas líneas, amnistía «los actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable, ejecutados en el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, de su preparación o de sus consecuencias, siempre que hubieren sido realizados entre los días 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023, así como las siguientes acciones ejecutadas entre estas fechas en el contexto del denominado proceso independentista catalán, aunque no se encuentren relacionadas con las referidas consultas o hayan sido realizadas con posterioridad a su respectiva celebración» (art. 1.1).

Quedan comprendidos expresamente los actos tipificados como delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación<sup>10</sup>, los actos de desobediencia o resistencia,

<sup>10</sup> En ese caso, «únicamente cuando estén dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas en el primer párrafo de esta letra, directamente o a través de cualquier entidad

los desórdenes públicos, los actos de desconsideración, crítica o agravio vertidos sobre funcionarios públicos o entes e instituciones públicas, los atentados contra la autoridad, o los actos tipificados como delitos de prevaricación, siempre que hubieran sido ejecutados con el propósito de permitir la celebración de las consultas populares o por cualquier causa relacionada con el movimiento independentista. En todo caso, quedan excluidos de la aplicación de la amnistía los actos enumerados en el art. 2, que incluyen los actos tipificados como delito que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea (p. ej., fraude de subvenciones o ayudas de la Unión Europea del art. 308 CP).

Si bien todos los textos doctrinales que ha suscitado la proposición de ley necesariamente tendrán que revisarse para adecuar el análisis a la redacción final, es fundamental la obra dirigida por M. ARAGÓN REYES, E. GIMBERNAT ORDEIG y A. RUIZ ROBLEDO, titulada *La amnistía en España Constitución y Estado de Derecho* (Colex, Madrid, 2024), donde aparecen 88 contribuciones que discuten sobre la constitucionalidad de la amnistía en general, o de la que se propone en particular, así como otros aspectos relevantes sobre la conformidad de la amnistía con el Derecho europeo o sobre los términos de la proposición de ley orgánica.

## 2. NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA

### 2.1. Delitos de prevaricación administrativa

Según el art. 404 CP, prevarica «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo». Cuando este tipo de resoluciones se adoptan en ámbitos expresamente regulados, como el urbanístico o el de medio ambiente (arts. 320<sup>11</sup> y 329<sup>12</sup> CP), o afectan a ciertas y determinadas áreas (p. ej., el art. 405 CP), la aplicación del delito se ve desplazada por el principio de especialidad (art. 8.1 CP). De esta manera, la prevaricación administrativa

---

pública o privada, siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento, así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad» [art. 1. *a*) y *b*)]. El apartado 4 de ese mismo artículo aclara que «[n]o se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades previstas en los apartados a) y b) cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial».

<sup>11</sup> El art. 320 CP sanciona a la autoridad o funcionario público que informa favorablemente de forma contraria a las normas de ordenación territorial o urbanística; que con motivo de infracciones haya silenciado la infracción de dichas normas; o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio. En el caso de que, además, resuelva o vote a favor de la concesión, a sabiendas de que contradice la normativa urbanística —en caso contrario, no sería punible porque no existe una modalidad imprudente—, habrá otro delito de prevaricación.

<sup>12</sup> El art. 329 CP castiga la modalidad de prevaricación que comete la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, informa favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes capaces de generar un riesgo grave en el medioambiente.

del art. 404 CP se configura como un delito residual que se aplica ante la ausencia de uno más concreto. Esta relación de parentesco permite que se pueda aplicar la jurisprudencia sobre los delitos de prevaricación administración a los regímenes especiales y que no infrinja el principio acusatorio el que se modifique la calificación y se condene por el delito de prevaricación general, aunque no se haya formulado acusación por ese delito específicamente.

### 2.1.1. *Participación del extraneus en el delito especial*

Sobre el delito de prevaricación administrativa, resulta esencial la reciente STS 849/2023, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5060), sobre los últimos coletazos de la «trama Gürtel» —pieza del Ayuntamiento de Boadilla del Monte—, objeto de comentario por M.-J. DOLZ LAGO, «Mafia y corrupción política: un episodio más del caso Gürtel», *Diario La Ley*, núm. 10444, 12 de febrero de 2024. En esta sentencia el TS resuelve los siete recursos de casación interpuestos contra la resolución de la Audiencia Nacional. De los 23 condenados, 16 se habían mostrado conformes con la calificación del Ministerio Fiscal y, en consecuencia, no recurrieron la sentencia dictada. La sentencia aborda un entramado delictivo liderado por Francisco Correa Sánchez, quien desde aproximadamente 1999 hasta 2009 orquestó un complejo esquema societario y personal con el propósito de enriquecerse y financiar de manera irregular al Partido Popular a través de fondos ilícitos obtenidos de actividades delictivas. Este entramado operó principalmente en el municipio de Boadilla del Monte, controlado por el Partido Popular entre 2001 y 2009. Correa y sus colaboradores se valieron de su influencia sobre funcionarios y empleados para manipular la contratación pública y obtener contratos para empresas vinculadas al grupo a cambio de comisiones. Utilizaron diversas prácticas fraudulentas, como la adjudicación directa de contratos, el fraccionamiento de contratos, la creación de una «caja B» para ocultar pagos y un entramado societario y financiero para encubrir la procedencia de los fondos.

En relación con los siete recurrentes, el TS ha confirmado la sentencia impugnada de tres de ellos (el que era alcalde de Boadilla del Monte, el director técnico de la concejalía de Deportes y una empresa condenada como responsable civil subsidiaria). En el supuesto del técnico municipal, confirma que sobrevaloró, junto con el alcalde, la oferta de una de las empresas que compareció a concurso público, con el objetivo de adjudicarle indebidamente el servicio público de residuos sólidos urbanos del municipio. Sí estima parcialmente el recurso interpuesto por un empresario que consideraba que debió aplicársele la atenuación de la pena del art. 65.3 CP al *extraneus* en relación con el delito de prevaricación en el que participó a título de cooperador necesario. De esta manera, rebaja la pena por no concurrir las condiciones que fundamentan la cualidad del autor. El Tribunal recuerda que el art. 65.3 CP establece la posibilidad de punir a los *extraneus* en ciertos delitos especiales cuya mayor penalidad se basaba en una específica relación o condición, previendo la posibilidad de reducir la sanción precisamente por tratarse de

personas ajenas a esa relación. Si bien es cierto que esta rebaja es de carácter facultativo, indica que *sólo puede excluirse de manera motivada* cuando concurren *razones añadidas* «que desplieguen mayor intensidad frente a la aconsejada rebaja de la pena derivada de la condición de tercero del partícipe». Como no se identifican en la resolución impugnada tales «razones bastantes» o la especial motivación que demanda la equiparación penológica entre el autor material y el partícipe, el motivo finalmente se estima y se rebaja la pena un grado (FJ 13).

### 2.1.2. *Relación entre el delito de prevaricación y el de fraude a la Administración*

La *Sentencia 849/2023, de 20 de noviembre*, también se pronuncia sobre la relación entre el delito de fraude a la Administración (art. 436 CP)<sup>13</sup> y el de prevaricación. Frente a la alegación de la defensa de que la relación es de concurso de normas —relación de subsidiariedad fáctica— el TS sostiene que debe aplicarse el concurso ideal porque, «aunque sean en esencia unos mismos hechos los cometidos por el mismo autor, ambos tipos aplicados protegen bienes jurídicos diferentes» (FJ 14). Este vínculo de conexidad sustancial entre ambos delitos es lo que impide la declaración de prescripción del delito de prevaricación, ya que se ideó todo un sistema para adjudicar ilícitamente un derecho de superficie en el que desarrollar un proyecto de edificación de oficinas para su alquiler y gestión: «la torticera aplicación del ordenamiento jurídico realizada por parte de la Administración municipal, con la relevante intervención del ahora recurrente, no se limitó a la adjudicación del derecho de superficie sobre las referidas parcelas realizada en el año 2005. Era preciso también, y así se llevó a cabo, que, conforme al plan proyectado ya desde un primer momento, se aceptara la cesión de dichos derechos desde Rústicas —utilizada únicamente para dar al concurso una falsa apariencia de legalidad—, a Artas; e igualmente convenía, y así se realizó también, suavizar al extremo las condiciones económicas esenciales de la adjudicación —canon y plazo—, hasta el punto de lograr, *con la indispensable cobertura de las diferentes resoluciones administrativas ya referidas*, que las adjudicatarias —en último término y levantado el velo: los propios partícipes en el acuerdo—, no llegaran a abonar cantidad alguna a la EMSV en concepto de canon. De este modo, el delito de prevaricación, estrechamente conectado en lo sustancial al delito de fraude a la Administración, no puede considerarse prescrito» (FJ 4.º).

---

<sup>13</sup> «La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a estos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años».

### 2.1.3. *Prevaricación omisiva*

Sobre esta cuestión es relevante la *STS 493/2023, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2900)*, un supuesto en el que se condenó por un delito continuado de prevaricación urbanística al alcalde del municipio, por no haber paralizado unas obras iniciadas antes de ostentar el cargo, aun sabiendo que no tenían cobertura contractual. Esta sentencia es comentada en A. CÓCERA SALÓ, «El delito omisivo y la comisión por omisión», *Diario La Ley*, núm. 10403, 11 de diciembre de 2023; y someramente también en V. MAGRO SERVET, «La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», *La Ley Penal*, núm. 164, 2023. En los hechos probados se evidencia la adjudicación directa de unos contratos de mantenimiento y obras sin cumplir adecuadamente los procedimientos legales, así como la omisión de deberes de control por parte de los acusados, especialmente en relación con unas obras concretas donde se detectaron irregularidades en la contratación y ejecución. Además, se constató la emisión de facturas por trabajos inexistentes o fuera del ámbito municipal, algunas de las cuales fueron abonadas por el ayuntamiento. La sentencia explica que, cuando el alcalde accedió al cargo y comprobó cuál era la verdadera situación de las obras y la legalidad, debió paralizarlas, sin que el hecho de que ya estuvieran en marcha modifique este deber: «[c]onsiderada la prevaricación como delito de infracción de un deber, este queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y por tanto en arbitrariedad» (FJ 2.º). La comisión por omisión se admite, pues, en la prevaricación administrativa, entendiéndose por tanto que el «mantenimiento de la situación antijurídica» es el resultado al que alude el art. 11 CP.

### 2.1.4. *La diferencia entre el ilícito administrativo y el injusto penal*

La *STS 650/2023, de 19 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3740)* se pronuncia, entre otras cuestiones, sobre el elemento diferenciador entre la ilegalidad administrativa y la penal (básicamente, la arbitrariedad). Se declara probado que el alcalde de Noja negoció con un particular para adquirir unas fincas en el municipio, mencionando su influencia en la concesión de licencias urbanísticas. Sin embargo, las negociaciones fracasaron, y las fincas fueron vendidas a una empresa (Nocanor) que presentó una mejor oferta. Tras ello, el alcalde encargó un informe jurídico sobre unas supuestas obligaciones urbanísticas de las fincas adquiridas por Nocanor, donde se concluía que se requerían proyectos de urbanización y la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento al ayuntamiento. A pesar de no haber procedimientos administrativos previos, se exigió a la empresa la tramitación de proyectos de urbanización y compensación antes de conceder la licencia de obras, y, posteriormente, la paralización de las obras por presuntas irregularidades técnicas y una multa coercitiva. Estas resoluciones municipales fueron impugnadas y

anuladas por los tribunales, que determinaron que no se requerían proyectos de urbanización ni compensación.

La sentencia concluye que la existencia de dictámenes favorables no excluye la responsabilidad del alcalde al tratarse de un incumplimiento flagrante de la normativa urbanística —es decir, que la arbitrariedad material no se elimina o subsana con la apariencia meramente formal de legalidad—: «Aunque las decisiones consistoriales controvertidas estuvieron *formalmente* fundadas en determinados informes técnicos que apoyaron la obligación de que el promotor presentara un proyecto de urbanización o de compensación, el Tribunal realiza un análisis del contenido de esos informes y de su contradicción con la normativa aplicable al caso o con otros posicionamientos previos de los mismos profesionales que emitieron los informes, concluyendo que esos dictámenes  *fueron de complacencia*  y se emitieron como instrumento con el que tratar de justificar las decisiones obstativas del recurrente» (FJ 1.º4). Abundando en esta idea, el Tribunal sostiene más adelante que el elemento diferenciador entre el injusto administrativo y el injusto penal es de carácter subjetivo: en el segundo caso, la resolución contradictoria con el derecho se emite *a sabiendas de su injusticia* o con conocimiento de actuar contra los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para abordar la cuestión. Así, se decanta expresamente por tesis subjetivistas, frente a tesis objetivas que se habían mantenido en otras resoluciones, donde el acento se establecía en la «patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho». Lo decisivo, sostiene el Tribunal, es el «ejercicio arbitrario del poder, que tiene lugar cuando la autoridad o funcionario dictan una resolución no fruto del ordenamiento jurídico sino producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad» (FJ 5.º3).

La *STS 222/2023, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1286)*, también incide en el elemento subjetivo «a sabiendas de la ilicitud» como elemento básico para diferenciar entre el ilícito administrativo y el penal. En esta sentencia se enjuicia una trama corrupta que logró crear un entramado para obtener contratos de suministro y servicios relacionados con el V Encuentro Mundial de la Familia, celebrado en Valencia en julio de 2006. Así, aprovechando su posición en la Fundación y en RTVV (radiotelevisión valenciana), y evadiendo los procedimientos regulares de contratación pública, empleados públicos adjudicaron diversos contratos públicos de manera fraudulenta —entre ellas, a empresas vinculadas al grupo Correa—, en un proceso plagado de falsedades documentales e irregularidades de distinto tipo. Uno de los recurrentes impugna la existencia de dolo de prevaricar, pero el Tribunal considera probado el conocimiento de la injusticia de la resolución por indicios que constan en el relato fáctico, en concreto, porque el funcionario era consciente de que el informe técnico se emitió después de la adjudicación del contrato público y porque sabía que la solicitud del gasto excedía el límite del presupuesto (FJ 3.º).

2.1.5. *Unidad de acción y continuidad delictiva en el delito de prevaricación*

Una última cuestión de relevancia para nuestro análisis se plantea sobre la aplicación de la continuidad delictiva (art. 74 CP) en el delito de prevaricación, en la mencionada STS 650/2023. La defensa sostiene que, en realidad, los hechos deben considerarse una *unidad natural de acción o unidad típica de acción* —o, lo que es lo mismo, que todos los hechos deben valorarse conjunta y globalmente como un único evento—. El Tribunal admite que esta categoría se utiliza para agrupar conjuntos de actos que se presentan como un solo acontecimiento en su dimensión socio-normativa (por ejemplo, aunque se produzcan varios puñetazos, no hay inconveniente con castigar por un único delito de lesiones que se haga cargo de la gravedad del resultado final); o exigidos por el propio tipo (por ejemplo, en delitos complejos como el de secuestro, que requiere la privación de libertad por un lado, y la solicitud de un precio para la liberación, por otro). Concluye que tal *unidad de acción* no concurre en este caso porque no es identificable una unidad espacio temporal que reúna las condiciones que nos permitan hablar de un único evento ante un espectador imparcial: «Las decisiones se sucedieron en el tiempo durante los varios años en los que se dilató el proyecto de construcción, y cada resolución introducía nuevas exigencias que se acumulaban a las trabas administrativas anteriores y retardaban sucesivamente la culminación de las obras. Consecuentemente, cada acción integró por sí misma el tipo penal de aplicación y *no se aprecia que entre las decisiones exista la vinculación espacio-temporal* que se aprecia en aquellas conductas prevaricadoras que se ejecutan en un único momento o circunstancia, de modo que no puede hablarse de una unidad natural de acción sino de distintos episodios fácticos insertables en la figura del delito continuado» (FJ 6.º3).

En este último año caben destacar las siguientes contribuciones sobre el delito de prevaricación: R. REBOLLO VARGAS y J. CASAS HERVILLA, «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», en F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (dir.), *Los Lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 99-140, plantean una serie de medidas de carácter penal, procesal y administrativo. Entre las de carácter penal, proponen una reforma del delito básico de prevaricación administrativa. Sugieren ampliar la conducta típica incorporando la emisión de informes contrarios a la legalidad administrativa (con una enorme capacidad de influencia en los procesos de aprobación de resoluciones en la práctica), la emisión de votos favorables a la aprobación de una resolución arbitraria, y la omisión de perseguir infracciones administrativas; para así equiparar el tratamiento de la prevaricación genérica a sus modalidades de prevaricación urbanística y medioambiental de los arts. 320, 322 y 329 CP (pp. 101-110). En segundo lugar, proponen también una redacción del precepto que admita sin dificultad la punición de las conductas ejecutadas con dolo eventual (p. 111). Por último, plantean la revisión del sistema de penas para equipararlas como mínimo al resto de modalidades de prevaricación (pp. 113-115). También resulta de extraordinario interés el artículo de A. JAREÑO LEAL, «La prevaricación urbanística: tres cuestiones acerca de su aplicación y una reflexión final», en A. MATALLÍN EVANGE-

LIO y A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Criminal compliance programs y mapas de riesgos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 425-458, donde trata fundamentalmente tres cuestiones: la naturaleza de los tipos de prevaricación urbanística; la coautoría en la resolución prevaricadora y la conducta consistente en votar; y la concurrencia de varios informes o resoluciones prevaricadoras en un mismo procedimiento administrativo. De esa misma obra colectiva, también destaca el capítulo de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Criterios básicos para elaborar un mapa de riesgos frente a la corrupción», pp. 51-64; y el de F. NAVARRO CARDOSO, «Corrupción pública empresarial en el contexto de un programa de cumplimiento normativo penal», pp. 301-328.

I. MELIÁN proporciona un útil escáner de la jurisprudencia consolidada sobre el delito de prevaricación administrativa en I. MELIÁN, «Análisis judicial del delito de prevaricación administrativa», vol. 11, núm. 1, 2023, pp. 43-59. Más específicamente sobre la prevaricación urbanística y, en concreto, sobre las dispensas urbanísticas impulsadas por intereses ajenos al ordenamiento jurídico: J. A. VIERA GONZÁLEZ, «Moldear la normativa a la ilegalidad a través de dispensas urbanísticas y “a sabiendas de su injusticia”», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, vol. 58, núm. 367, 2024, pp. 115-151; A. PELEGRÍN LÓPEZ analiza los delitos de urbanización ilegal en «El delito de construcción ilegal y el papel de la Administración local para su prevención y sanción», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 63, 2023, pp. 416-444; así como J. C. SALCEDO HERNÁNDEZ y J. CAMPESINO-FERNÁNDEZ, en «La urbanización ilegal de la isla de Valdecañas (Cáceres): demolición total por Sentencia del Tribunal Supremo de 2022», *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*, vol. LV, núm. 216, 2023, pp. 373-390.

También encontramos referencias muy didácticas a los delitos de prevaricación administrativa en manuales de Derecho Penal como el *Memento práctico Penal 2023*, coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, núm. 16535-16544 (sección escrita por L. POZUELO PÉREZ); en el manual de J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2023 (pp. 387-394, escrito por I. ORTIZ DE URBINA GIMENO); el que dirige L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2021, en pp. 1229-1244 (escrito por el propio L. MORILLAS CUEVA); en la obra colectiva de M. CORCOY BIDASOLO, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*, 3.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023 (pp. 697-707, a cargo de S. CARDENAL MONTRAVETA y G. ROGÉ SUCH); en el manual de F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 25.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023 (pp. 967-998); o en la obra coordinada por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal Parte Especial*, 8.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023 (pp. 729-754, escrito por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC).

## 2.2. Delitos de cohecho

Bajo la etiqueta de «cohecho», los arts. 419 a 427 *bis* CP regulan comportamientos que tienen que ver con lo que popularmente se conoce como «soborno». El ob-

jetivo de la regulación es preservar el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración, evitando que el interés privado sea excesivamente influyente en el ejercicio de las funciones públicas. Para lograr este objetivo, se tipifican las conductas de exigencia o aceptación de dádiva o promesa por parte de funcionarios para la realización de ciertos actos, o como recompensa por haberlos realizado (cohecho pasivo); o mediante la incriminación de las conductas de ofrecimiento de pago o promesa por parte de los particulares y de la aceptación de las exigencias de pago hechas por los funcionarios (cohecho activo). Otra distinción doctrinal de utilidad es la de cohecho propio/impropio: mientras que el delito de cohecho propio es el que se basa en la realización de un acto contrario a los deberes propios del funcionario, en el impropio, la dádiva se da en atención al cargo que ostenta el funcionario, sin que tenga que hacer o dejar de hacer algún tipo de actuación.

### *2.2.1. Participación subsiguiente en el delito de cohecho*

La mencionada *STS 849/2023, de 20 de noviembre*, sobre la pieza de Boadilla del Monte de la «Trama Gürtel», realiza consideraciones interesantes sobre la participación en un delito de cohecho que se materializa después de que se haya efectuado el acto contrario a derecho. Así, en los hechos probados se recoge que el hijo de uno de los empresarios efectuó unos pagos (157.800 euros en total) con posterioridad a la adjudicación de un contrato de prestación de servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos, y por estos hechos se le condena como cooperador necesario de un delito de cohecho activo. Este recurre por la indebida aplicación del art. 423 CP vigente en la fecha de los hechos, sosteniendo que su conducta se insertaba ya en la fase de agotamiento del delito, en un momento en el que se encontraba este ya definitivamente consumado, por tratarse de un delito de mera actividad. Así, si bien es cierto que la entrega de la dádiva o comisión acordada ha de ser considerada como un elemento del delito, el delito de cohecho no requiere que se produzca la entrega de la dádiva ofrecida para su consumación.

El Tribunal estima el recurso al entender que se trata de un acto posterior a la consumación (por tanto, impune), recordando que esta clase de delitos se construyen con la técnica del tipo mutilado e imperfecto en dos actos «que, por tanto, supone una anticipación de la barrera punitiva, lo que implica la existencia de un concurso real entre el delito del art. 419 y el delito al que se ordena funcionalmente». Así, teniendo en cuenta cómo se redactaba el art. 423 CP —«Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos»—, puede decirse que no eran posibles formas imperfectas de ejecución. Puesto que no considera probado que el hijo conociera la existencia del acuerdo al que llegó su padre al tiempo en que este se produjo, el Tribunal llega a la conclusión de que el pago posterior no puede fundamentar la imputación a título de cooperador necesario porque el delito *ya se había consumado*. En sus propias (y prís-

tinias) palabras, que no me resisto a reproducir aunque se trate de un párrafo largo: «No puede ser necesaria para cometer un delito, cualquier delito, una contribución causal efectuada con posterioridad a que este se encuentre ya consumado. Si el delito de cohecho, conforme se ha explicado, quedaba perfeccionado desde el momento en el cual el particular se dirigió a la autoridad o funcionario público, para corromperle o intentar corromperle con la entrega de una dádiva o con el ofrecimiento o promesa de entregarla, sin necesidad siquiera de que el interpelado la aceptara y, desde luego, sin que fuera precisa la realización del acto injusto comprometido por este, mal puede sostenerse que el posterior cumplimiento de la promesa constituyera un acto necesario para la comisión de un delito, consumado ya con notable anterioridad temporal. Dicho de otra manera: si, alcanzado el tan referido acuerdo de 2001, como consecuencia del incumplimiento de sus “compromisos” por parte del grupo corrupto (por ejemplo, debido a una mejor oferta, también ilícita), la UTE que dirigía el padre del acusado no hubiera logrado la adjudicación que perseguía, el delito de cohecho activo habría sido igualmente cometido en grado de consumación. Y lo mismo hubiera sucedido si el incumplimiento de los compromisos resultara imputable a la empresa favorecida por la ilegítima adjudicación (resolviendo, por ejemplo, pagar una cantidad menor a la comprometida o simplemente no realizar pago alguno). Si esto es así, que es así, la intervención de un tercero, ajeno a la propuesta corruptora (y al acuerdo después alcanzado), dando cumplimiento a cualquiera de las “obligaciones” comprometidas como consecuencia de aquel, por mucho que conociera posteriormente la existencia de dicho acuerdo y la finalidad del pago, no puede reputarse un acto de contribución necesaria a la comisión de un delito ya previamente consumado» (FJ 2.º).

Por último, el Tribunal recuerda que, aunque se «transmutase» la condena del acusado como partícipe en el delito cometido por un tercero para mantenerla como autor de un delito de cohecho, en cierto modo desvinculado del anterior, tampoco podría afirmarse que el pago realizado por el recurrente se efectuara con la intención de corromper a las autoridades o funcionarios públicos, tal y como exige el art. 423 CP.

### 2.2.2. *Coautoría en el delito de cohecho*

La mencionada STS 613/2023, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3302), profundiza en los elementos necesarios para sostener la existencia de una coautoría en un delito de cohecho, aunque no se participe directamente en los hechos. Así, la sentencia se refiere a un supuesto en el que un funcionario del cuerpo de Instituciones Penitenciarias introducía teléfonos móviles y hachís a cambio de dinero en prisión. El recurrente, condenado previamente por tráfico de drogas, junto con otros internos del centro penitenciario, concertaron la introducción de una mochila con tales efectos para distribuirlos entre los internos, involucrando a otros intervinientes en el exterior.

El recurrente sostiene que se le aplicó indebidamente el delito de cohecho, ya que, al estar interno en el centro penitenciario de Picassent, no tuvo ninguna interacción

con el funcionario de prisiones. Simplemente, aduce, su actuación se limitó a sufragar doscientos cincuenta euros, pero ignoraba que el dinero tuviera por destino pagar a un funcionario, o que fuera ese el mecanismo ideado por sus compañeros para introducir la mercancía. Añade que tampoco consta si fueron los internos quienes ofrecieron el pago del cohecho o si, por el contrario, fue el funcionario quien se ofreció para la operación y quien reclamó un dinero a cambio.

La sentencia desestima el recurso porque entiende probado que concurran en el acusado todas las exigencias para ser considerado autor de un delito de cohecho del art. 424 CP, en relación con el art. 419 CP (propósito de corromper o intentar corromper al funcionario), sin que la participación directa sea una de esas exigencias: «esta responsabilidad no sólo es exigible a la persona que materialmente entrega el dinero o la dádiva, sino que son autores todos aquellos que realizan conjuntamente el hecho delictivo. La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que la coautoría se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello requiere, como elemento subjetivo de la coautoría, de la existencia de una decisión conjunta y, como elemento objetivo, de un dominio funcional del hecho, con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva. Nuestra jurisprudencia es expresiva también de que la concurrencia del elemento subjetivo puede concretarse en una *deliberación previa* realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede asumirse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal avanza simultáneamente con la acción o la precede en unos instantes, pudiendo ser tanto expresa como tácita. En lo que hace referencia al elemento objetivo, no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo todos los actos materiales integradores del núcleo del tipo, sino que *el acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, permite integrar en la coautoría, como realización del hecho, aquellas aportaciones que no integran el núcleo del tipo, pero que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución*» (FJ 4.º). En definitiva, el hecho de que se demostrase que el acusado había *concertado* la introducción de mercancía en prisión, y que había aportado una cantidad, es suficiente para castigarlo como autor y no únicamente como cooperador necesario o cómplice, a pesar de que no ejecute los hechos directamente.

En la doctrina, es imprescindible mencionar la monografía de B. GARCÍA SÁNCHEZ, *La corrupción en España: su persecución penal en la última década*, Iustel, Madrid, 2024 (se refiere al cohecho en el Capítulo III). También resulta de gran interés el análisis de G. D. M. CERINA, «El incorruptible político parcial. Notas sobre el cohecho del político», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 43, 2023, pp. 1-54. Este autor critica cierta tendencia a estirar los preceptos del Código Penal en aras a configurar un Estatuto penal del político cuya creación (jurisprudencial), sin embargo, termina resultando contradictoria.

Finalmente, no se pueden dejar de mencionar los manuales de la Parte Especial del Derecho penal. Para evitar reiteraciones, ahora y en los siguientes grupos de delitos las

referencias a los manuales las haré por el nombre del coordinador: así, resultan ilustrativos los capítulos dedicados a los delitos medioambientales en el manual coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, en la sección escrita por L. POZUELO PÉREZ (núms. 16735-16830); en el de J. M. SILVA SÁNCHEZ, en el Capítulo 16 escrito por I. ORTIZ DE URBIANA GIMENO (pp. 394-401); en el que dirige L. MORILLAS CUEVA, en el Capítulo 39, de M. OLMEDO CARDENETE (pp. 1034-1035); en la obra colectiva de M. CORCOY BIDASOLO (pp. 708-717 por S. CARDENAL MONTRAVETA y G. ROGÉ SUCH); en el de F. MUÑOZ CONDE (pp. 755-765); o en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (pp. 606-612) escrito por él mismo.

### 2.3. Delitos de malversación

#### 2.3.1. *Carácter público de los bienes incautados por la policía*

Debemos comenzar por la *STS 545/2023, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2023:2976)*, que enjuicia un supuesto en el que una agente del Cuerpo Nacional de Policía sustrae dinero incautado al que tiene acceso por su condición de funcionaria y lo sustituye por unos billetes falsos. La recurrente considera que «no tuvo competencia alguna específica como funcionario público sobre el dinero intervenido, y menos aún un deber especial de conservación o de custodia y en condiciones determinadas, y menos aún por razón de sus funciones».

Con carácter previo, el Tribunal recuerda que el delito de malversación requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) el autor debe ser funcionario público en los términos del art. 24 CP, o resultar asimilado a la condición de funcionario *ex art. 435*; 2) los efectos o causales, en todo caso de naturaleza mueble, han de ser públicos, en el sentido de formar parte objetivamente de los bienes propios de la Administración pública, y sin que esta adscripción precise de su efectiva incorporación en el erario público; 3) los caudales o efectos públicos deben estar a cargo, por razón de sus funciones, del funcionario público. Esta *facultad decisoria* debe entenderse en un sentido fáctico, esto es, que no requiere que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tales facultades decisorias. Como recuerda la *STS 464/2023, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2627)*, esta facultad decisoria puede ser fáctica, en el sentido de detentación material de los caudales o efectos, o jurídica, en cuyo caso no se precisa una posesión inmediata y es suficiente la mediata, siempre que tal capacidad de disposición e inversión implique que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario. Se exige, por tanto, una relación especial entre el agente y los caudales, de ahí que la disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito. En último lugar 4), la acción punible a realizar consiste en «sustraer o consentir que otro sustraiga», admitiendo expresamente una comisión activa o meramente omisiva (en este caso, debe existir un *deber de impedir*), que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro.

Teniendo en cuenta estos elementos, a continuación responde a las objeciones planteadas: en primer lugar, entiende que concurre en la acusada la condición de funcionario público en los términos establecidos en el art. 24.2 CP y que, además, la custodia de los objetos contenidos en la caja de seguridad de las dependencias policiales le correspondía, no de manera explícita o nominal, *sino en su condición funcional* como miembro del grupo. De esta manera, estos medios se les proporcionaban *para el ejercicio de su función* y, por tanto, debían responsabilizarse de su buen uso y de la custodia de los objetos depositados en dicha caja. En segundo lugar, con relación a la naturaleza pública de los efectos intervenidos, determina que estos quedan bajo la exclusiva disposición de los funcionarios públicos, siendo su destino el de incorporarlos al procedimiento judicial seguido como consecuencia de aquella intervención, y, por tanto, no cabe duda de que se trata de efectos públicos. Por estas razones, certifica la presencia de todos los elementos indispensables para conformar el delito de malversación por el que la recurrente resultó condenada.

### 2.3.2. *Malversación y continuidad delictiva*

Efectúa consideraciones interesantes sobre la continuidad delictiva en la malversación la *STS 464/2023, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2627)*. Los hechos probados son los siguientes: el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía creó una estructura de personal paralela en la Consejería de Empleo, contratando empleados a través de la empresa UMAX Informática y Consultoría de forma ilegal. Estos empleados trabajaban exclusivamente para la consejería, pero se pagaban como si fueran servicios externos, con el conocimiento y participación de otros funcionarios. La situación continuó desde 2003 hasta 2010, implicando pagos irregulares por un total de más de dos millones de euros. Ante una reclamación de pago, la consejería rechazó la solicitud de UMAX y abrió una investigación sobre la legalidad de los contratos.

Los recurrentes cuestionan la aplicación de la continuidad delictiva en el delito de malversación. Entiende la defensa que «no hay unidad de acción, no hay unidad de sujeto activo, hay expedientes de contratación independientes en los que pudiera concurrir otra figura delictiva si se acreditara su tipicidad, como la prevaricación, pero cada uno de ellos de forma autónoma e imputable a la autoridad o funcionario que lo realiza pero no se puede amparar que bajo el instituto de la continuidad delictiva, se atribuya una multitud de actuaciones heterogéneas realizadas por distintos funcionarios o autoridades de distintos organismos, a mi defendido por el simple hecho de haber ejercido el cargo de director general de Trabajo en periodo comprendido desde el 28 de abril de 2008 al 6 de abril de 2009, sin concretar ni contratos, ni facturas, ni fechas, ni nada». El Tribunal recuerda los elementos exigidos para la aplicación del delito continuado<sup>14</sup> y con-

<sup>14</sup> En concreto: «i) Debe tratarse de una pluralidad natural de hechos diferenciables entre sí imputados al acusado y que no hayan sido juzgados anteriormente; ii) la existencia de un dolo unitario que equivale, desde

cluye puede apreciarse en este caso. Así, se produjeron una pluralidad de disposiciones de fondos de similar contenido que, además, fueron realizadas en un mismo contexto organizativo en el que se encontraba a cargo el mismo sujeto como director general de Trabajo, durante un periodo prolongado de tiempo.

### 2.3.3. *Malversación omisiva*

La conducta típica admite dos modalidades comisivas, una por acción y otra por omisión. La primera consiste en la sustracción de los caudales (separación de su destino) e implica un ánimo de apoderamiento definitivo, en un sentido idéntico al usado en otros delitos patrimoniales. La modalidad comisiva constituye una conducta dolosa de omisión impropia, derivada de la obligación legal dirigida al funcionario responsable —garante— de evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público. La *STS 803/2023, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4557)*, se refiere a un supuesto en el que el Ayuntamiento de Bigastro vendió una parcela a una empresa. El alcalde y el secretario-interventor debían asegurarse de que el dinero se ingresara en las arcas municipales. Sin embargo, parte de los fondos (26.000 euros de una fianza y 44.440 euros de pagos parciales) fueron desviados por el alcalde para su beneficio personal, con el conocimiento de Mario. El recurrente alega que la conducta de apropiación se atribuye exclusivamente al alcalde coacusado y que sólo podría motivar una condena si se hubiera acreditado constitutiva de cooperación necesaria. No obstante, ni fue acusado de esta forma de participación, ni podría haber sido condenado como tal, ya que su contribución tenía un carácter no necesario. Por otro lado, indica que las modalidades comisivas del art. 432 CP requieren distintos elementos subjetivos del injusto (en la modalidad activa, ánimo de lucro propio, en la omisiva, ánimo de lucro de un tercero), por lo que un mismo relato de hechos probados no puede integrar «dos conductas típicas opuestas reputables de cada partícipe cuando ambos comparten la condición de custodios de los caudales, y máxime cuando la apropiación de los caudales supuestamente fue material».

El Tribunal responde estas observaciones sosteniendo que basta que de los autos se extraigan todos los requisitos del tipo, es decir, que conste el hecho apropiatorio y el conocimiento de la persona que tenía la obligación legal de evitarlo, sin que la certificación de una conducta activa impida que se aprecie la omisión impropia —en este caso, singularmente tipificada—: «[c]odisponía del dominio del hecho al tiempo que se abstenía conscientemente de atender a la obligación legal de custodiar los fondos

---

el punto de vista subjetivo, a la unidad de designio o propósito del sujeto que se traduce en una culpabilidad homogénea que sirve de denominador común de las distintas infracciones; iii) la unidad del precepto penal violado o bien de igual o semejante naturaleza; iv) también desde el punto de vista objetivo la homogeneidad “del *modus operandi*” o que se trate de dinámicas comisivas semejantes; v) la identidad del sujeto activo, no siendo precisa la de los sujetos pasivos, elemento subjetivo; vi) que las diversas infracciones se hayan desarrollado dentro de un razonable marco de aproximación en el espacio y en el tiempo, y (vii) que los bienes jurídicos atacados no sean eminentemente personales salvo la excepción contenida en el art. 74.3 CP» (FJ 11).

públicos que tenía a su cargo. No se trata de que fuere cooperador del alcalde (efectivamente cabía también esta vía para su condena), sino de que cumplimenta el tipo omisivo que de forma alternativa a la ejecución activa, se contemplaba y se conminaba en el art. 432 CP» (FJ 4).

#### 2.3.4. Redacción más favorable al reo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre

Sobre esta cuestión realiza consideraciones interesantes la *STS 900/2023, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5308)*, en la que se revisa una sentencia que condenaba a dos personas como autoras de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito agravado de malversación. El único motivo de impugnación es la inaplicación del art. 2.2 CP, ya que la defensa entiende que los hechos se subsumen en el nuevo art. 433 CP y no en el art. 432 CP, que establece un tratamiento penológico más favorable al reo.

Los recurrentes sostienen que la modificación de la redacción del art. 432 CP, que alude ahora a «apropiarse» en lugar de «sustraer», cambia el sentido del precepto, sin que el juicio histórico pueda integrar ese acto de apropiación que exige el tipo<sup>15</sup>. A su juicio, la nueva configuración de los delitos de malversación propugna un entendimiento del elemento subjetivo el tipo del art. 432 como una verdadera finalidad de lucro personal o de tercero y no como un *animus rem sibi habendi* en sentido amplio, en el que cabría cualquier disposición a título de dueño. Lo entienden así porque, si se continúa haciendo una interpretación extensiva del ánimo de lucro del art. 432 CP, el nuevo art. 433 CP, que tipifica desvíos presupuestarios, sería prácticamente inaplicable.

En primer lugar, el Tribunal responde a estas objeciones sosteniendo la plena aplicabilidad de la jurisprudencia del delito de malversación anterior a la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*, en la que de manera constante se entendió que el término sustraer es equivalente a la «apropiación sin propósito de ulterior reintegro»: «Por sustraer ha de entenderse en un sentido amplio, como separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio para hacerlos suyos o de otro, en apropiación definitiva, *con deseo de no restituír*» (FJ 2.º). Esta apropiación con ánimo de lucro no exige necesariamente enriquecimiento, sino que es

<sup>15</sup> Es preciso tener en cuenta que la norma aplicable a este caso no era la que resultó de la reforma de la *Ley Orgánica 1/2015* (los hechos fueron anteriores), sino la resultante del Código Penal de 1995 y modificada por la *Ley Orgánica 15/2003*: Art. 432 1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. 2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

suficiente que el autor haya querido atraer los objetos bajo su dominio personal (certificándose así el *animus rem sibi habendi*).

En segundo lugar, niega que tal entendimiento del ánimo de lucro deje sin potencial aplicación el nuevo art. 433 CP. Aquí recuerda que este precepto es una copia literal del predemocrático art. 397 (Código Penal de 1973), que también coexistió con otro delito básico de sustracción de caudales públicos (art. 394 del Código Penal entonces); y que fue de aplicación a supuestos de administración del presupuesto de manera diversa a la permitida o establecida con carácter previo, sin que se certifique un desvío u extracción de «lo público». Así, pone el ejemplo de un supuesto en el que el secretario-interventor municipal retuvo en su poder transitoriamente cierta suma dineraria (sin ingresarla en la Caja Municipal ni entregarla al depositario ni a otros empleados), atendiendo con ella obligaciones contraídas por el ayuntamiento, dándole así directamente una aplicación pública, pero distinta de la que hubiera correspondido legalmente de haberse efectuado, como era de rigor, el correspondiente ingreso en la referida Caja Municipal.

### 2.3.5. *Participación del extraneus en el delito de malversación*

Por último, sobre la participación o autoría del *extraneus* en un delito especial como el de malversación resulta de utilidad mencionar la *STS 249/2023, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1405)*, comentada por M.-J. DOLZ LAGO, «Caso del Puerto de Málaga. Malversación de fondos públicos. En concurso con falsedad», *Diario La Ley*, núm. 10339, 1 de septiembre de 2023. En esta sentencia se examina un supuesto en el que dos ingenieros del puerto de Málaga, funcionarios públicos, en connivencia con otro ingeniero de una empresa contratista, expidieron certificaciones falsas con el objetivo de que la autoridad portuaria de Málaga abonara con fondos públicos unas obras que no se habían realizado o se habían sobredimensionado. El TS estima los recursos del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado, que sostuvieron que los ingenieros eran autores del delito de malversación, y los condena por el delito de malversación de caudales públicos, a pesar del criterio de la Audiencia, que los había absuelto por entender que no podían ser condenados al no ser los titulares de los fondos públicos malversados y por no haber sido acusado el que sería el autor principal del delito (autoridad portuaria de Málaga).

El Tribunal recuerda que anteriormente ha admitido que en los delitos especiales puedan inculparse personas no afectadas por la condición especial de autoría que el tipo penal requiere (esto es, extraños o *extraneus*), siempre que se certifique un grado de participación penalmente relevante, incluso aunque el funcionario público (*intraneus*) sea absuelto, ya que para que pueda haber accesoriedad lo único indispensable que exista un hecho principal típicamente antijurídico, sin que nada afecte la imposibilidad sobrevenida de enjuiciamiento del autor principal (FJ 15).

En el presente caso, se puede certificar esta intervención punible porque es este informe técnico mendaz, preciso y relevante el que *causa* el desvío ilícito de los fondos,

no como simples partícipes, sino como autores: «[e]n el hecho, los recurridos, acusados de malversación, son quienes, como jefe de obra y miembros de la dirección facultativa, funcionarios públicos declaran el cumplimiento de las exigencias del contrato de obra pública y realizan las mediciones que son el presupuesto técnico, suficiente y necesario, para su abono. Su conducta cumple las exigencias del art. 28 CP respecto al delito de malversación de caudales públicos, que considera autor al material, al mediato, al inductor y al partícipe necesario» (FJ 12).

De esta manera, aunque los dos funcionarios acusados no eran jurídicamente los detentadores de los caudales públicos, aportaron a ese libramiento de caudales un hecho de capital importancia, que era el aporte técnico. Conocían la trascendencia de sus actos, pues pertenecían a la dirección facultativa, y sabían que las funciones de control de los detentadores del caudal eran más bien aparentes ya que no afectaban a los presupuestos técnicos, que eran de su exclusiva responsabilidad. En consecuencia, son considerados autores directos (detentadores de hecho), aunque instrumentalicen a una persona cualificada porque los libradores (detentadores jurídicos), porque en este caso se puede certificar tanto la infracción de un deber como la *detentación de hecho* de los fondos malversados: «el fundamento de los delitos de los funcionarios públicos radica en la inobservancia del deber de probidad, junto a otras especificidades derivadas de la naturaleza pública de los caudales y las posiciones de garantía de tutela de interés pública consagrados en el art. 103 CP. En este caso, esas exigencias concurren en los dos acusados, y son autores por el dominio del hecho que tienen de la acción, y son detentadores de hecho de los caudales públicos que son malversados, pues su aportación a la realización del hecho es el de tal implicación que, infringido su deber, disponen *de facto*, de los caudales públicos» (FJ 15).

Al haberse reformado los delitos de malversación recientemente, son escasos los comentarios doctrinales sobre la nueva configuración de los delitos de malversación. Además de los comentarios académicos ya reseñados en el apartado 2.1 sobre las modificaciones legislativas, en algunos textos de 2023 se analizan sus elementos, como en M. JAÉN VALLEJO, «Administración desleal, malversación y enriquecimiento ilícito (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre)», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 139, 2023, pp. 71-90, así como es imprescindible mencionar la monografía de B. GARCÍA SÁNCHEZ, *La corrupción en España: su persecución penal en la última década*, Iustel, Madrid, 2024 (se refiere al cohecho en el Capítulo V); el artículo de I. OLAIZOLA NOGALES, «El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?», *Revista Penal*, núm. 52, 2023; o el de A. RAGA I VIVES, «Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 39, 2023.

Por último, los manuales de la Parte Especial del Derecho penal tratan este delito: en el coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, en la sección escrita por L. POZUELO PÉREZ, núm. 16880-16907; en el de J. M. SILVA SÁNCHEZ, en el Capítulo 16 escrito por I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (pp. 401-421); en el que dirige L. MORILLAS CUEVA, en el Capítulo 54 (pp. 1305-1318); en el de F. MUÑOZ CONDE, en el Capítu-

lo XLII (pp. 1003-1007); en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (pp. 770-779) escrita por él mismo; o en la obra colectiva de M. CORCOY BIDASOLO (pp. 718-728, de G. ROGÉ SUCH).

#### 2.4. Otros

Entre las novedades doctrinales relacionadas con otros más o menos aspectos generales de la corrupción pública, o con reflexiones sobre la función pública con importancia jurídico-penal, cabe destacar los siguientes trabajos: L. MORILLAS CUEVA (dir.), *Corrupción privada, transparencia y gestión pública*, Dykinson, Madrid, 2023; B. GARCÍA SÁNCHEZ, *La corrupción en España: su persecución penal en la última década*, Iustel, Madrid, 2024; M. A. MORALES HERNÁNDEZ, «¿Es necesario un modelo propio de atribución de responsabilidad criminal en España para partidos políticos?: un análisis jurídico en base al derecho interno y comparado», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núm. 29, 2023, pp. 315-371; C. DOMINGO JARAMILLO, «Aproximación a la aplicación de sistemas de Inteligencia artificial para prevenir la corrupción en la administración pública», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 140, 2023, pp. 105-134; J. GARCÍA CALDERÓN, «La calumnia como estrategia de corrupción», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 139, 2023, pp. 5-34; V. DIPSE, «Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 43, 2023, pp. 1-27; M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «La corrupción como problema de acción colectiva: desnormalización y participación social», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 43, 2023, pp. 1-24; S. BASUALDO MOINE, «¿Resultan exitosas las medidas represivas contra la gran corrupción? ¿Existe solución superadora?», *Revista Sistema Penal Crítico*, vol. 4, 2023, pp. 1-46; M. B. MACÍAS ESPEJO, «Perspectiva Criminológica de la Corrupción Pública a través de las Teorías de la Criminalidad. Derecho Global», *Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. 9, núm. 26, 2024, pp. 233-255; M. C. PÉREZ VILLALOBOS, «¿Es corrupción la actividad lobista? La respuesta penal frente al fenómeno *lobby* en el entorno de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 25, núm. 10, 2023, pp. 1-41; M. S. BARBER BURUSCO, «La suspensión de la ejecución de la pena de prisión en los delitos de corrupción pública», *Revista Penal*, núm. 52, 2023; S. B. BRAGE CENDÁN, «Los lobbies y la libre competencia: ¿una posible nueva tipificación penal?», *La Ley Penal*, núm. 162, 2023; G. D. M. CERINA, «El político corrupto como funcionario público a efectos penales», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 39, 2023; V. FRIDRICH-ZEWSKI y N. RODRÍGUEZ GARCÍA, *En busca de estrategias 360 anticorrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; G. GUINARTE CABADA y M. CASTRO CORREDOIRA, «Prohibiciones para contratar con el sector público y corrupción», *La Ley Penal*, núm. 162, 2023; D. M. SANTANA VEGA, *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Riesgos penales en la gestión de los Fondos Next Generation UE», *La Ley Penal*, núm. 162, 2023; F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «Las reuniones de los altos cargos de la Administración con los grupos de interés y la prevención de la corrupción pública: algunas notas a pro-

pósito de la publicación de las llamadas agendas para la transparencia», *La Ley Penal*, núm. 162, 2023; P. ESQUINAS VALVERDE, *Corruptos y delincuentes de cuello blanco en España. Un estudio criminológico de sus características, causas y vías de prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; P. LECUMBERRI, «Justicia restaurativa y corrupción pública», *Revista Penal*, núm. 52, 2023; A. RODRÍGUEZ BARRUETA, «Medios para la persecución y represión de la corrupción», *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 24, 2023; M. H. BORINSKY, *Delitos de corrupción. Un análisis de Derecho penal y procesal penal. Aportes de la sociología, la economía y la política*, Didot, Buenos Aires, 2023.

