

Revista de Estudios Locales

CUNAL

Número Extraordinario 2015

***PRESENTE Y FUTURO DE LOS FUNCIONARIOS
DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON
HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL***

REL182

 **REVISTA
ESTUDIOS
LOCALES**

Índice

- 2 **PRESENTACIÓN.** *Eulalia Ávila Cano*
- 4 **INTRODUCCIÓN.** *Manuel J. Domingo Zaballos*
- 8 **ANÁLISIS Y CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN POLÍTICA EN ESPAÑA (1990-2015).** *Carles Ramió Matos*
- 32 **LA FUNCIÓN DIRECTIVA EN LAS ADMINISTRACIONES LOCALES EN ESPAÑA Y EN EL ENTORNO EUROPEO.** *Isidre Lucidá i Sabarich*
- 44 **LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, INSTRUMENTO DE LOS FUNCIONARIOS CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.** *Antonio Villaseca Soriano*
- 62 **LA SELECCIÓN Y FORMACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL.** *Jesús Ángel Fuentetaja Pastor y Rafael Jesús Vera Torrecillas*
- 84 **LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL.** *Vicente Escuin Palop*
- 100 **EL MARCO RETRIBUTIVO DE LOS FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL: NOTAS DIFERENCIADORAS.** *Antonio Serrano Pascual*
- 118 **EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL.** *Concepción Barreiro Rodríguez*
- 136 **SISTEMAS DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO DE LOS FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL.** *Rafael Jesús Vera Torrecillas y Jesús Ángel Fuentetaja Pastor*
- 156 **LAS FUNCIONES PÚBLICAS NECESARIAS EN NAVARRA.** *Martín María Razuqín Lizarraga*
- 172 **RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PENAL DE LOS FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL.** *Nieves Sanz Mulas y Ricardo Rivero Ortega*
- 188 **LA RESPONSABILIDAD CONTABLE DE LOS FUNCIONARIOS CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL.** *Elena Vicente Rodríguez*
- 204 **LAS FUNCIONES EJECUTIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS DE HABILITACIÓN NACIONAL.** *Alejandro Álvarez Sánchez-Escalonilla*
- 226 **UNA PROPUESTA PARA LA ORGANIZACIÓN DE LA FUNCIÓN DE CONTROL INTERNO.** *José Fernando Chicano Jávega*
- 246 **LAS FUNCIONES DEL INTERVENTOR LOCAL MÁS ALLÁ DEL CONTROL INTERNO.** *M^a Pilar Santafé Pomed y José Javier Muñoz Casas*
- 268 **TESOREROS: PASADO, PRESENTE Y FUTURO.** *Francisco Guardiola Blanquer*
- 286 **LOS FEDATARIOS PÚBLICOS LOCALES ANTE LOS PROCESOS ELECTORALES.** *Rafael V. Fernández Bus*
- 314 **EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES RESERVADAS EN LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS. ALGUNAS PECULIARIDADES.** *Ángel Ruiz Checa*
- 334 **LA SECRETARÍA EN LOS MUNICIPIOS DE GRAN POBLACIÓN.** *Valentín Merino Estrada*
- 346 **FUNCIONES DEL SECRETARIO EN LAS SESIONES DEL PLENO.** *Amparo Koninckx Frasquet*
- 368 **EL ASESORAMIENTO LEGAL DEL SECRETARIO DE ADMINISTRACIÓN LOCAL.** *Manuel J. Domingo Zaballos*



www.revistacunal.com

Consejo Asesor:

- Ángela Acín Ferrer.** Interventora-Tesorera de Administración local.
- Cristóbal Aragón Sánchez.** Cuerpo Superior de Auditores del Tribunal de Cuentas e Interventor-Tesorero de Administración local.
- Manuel Arenilla Sáez.** Director INAP.
- Mariano Baena del Alcázar.** Ex Magistrado del Tribunal Supremo
- Concepción Barreiro Jiménez.** Catedrática de Derecho Administrativo Universidad de Sevilla.
- Federico Castillo Blanca.** Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.
- Julio Castela Rodríguez.** Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de San Pablo CEU. Secretario de Administración local excedente.
- Enrique Castillo Zubia.** Ex Presidente del C. G. Cosital.
- Mario Corella Monedero.** Ex Presidente del C. G. Cosital.
- Manuel Domingo Zaballos.** Magistrado de lo Contencioso-Administrativo. Secretario de Administración local excedente.
- Jesús María González Pueyo.** Ex Presidente del C. G. Cosital.
- José Luis Palma Fernández.** Letrado del Consejo de Estado.
- Ricardo Rivero Ortega.** Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Salamanca.
- Carles Ramió Matos.** Catedrático de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Pompeu Fabra.
- Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.** Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña.
- Enrique Sánchez Goyanes.** Doctor en Derecho Administrativo. Abogado.
- Juan José Sánchez Ondal.** Interventor-Tesorero de Administración local.
- Francisco Velasco Caballero.** Catedrático de Derecho Administrativo. Director del IDL UAM.
- Elena Vicente Rodríguez.** Presidenta de FEDECA.

Dirección colegiada por Consejo de Redacción:

Presidente: *Eulalia Ávila Cano.*

Vocales:

Victor Almonacid Lamelas

Vicente Calvo del Castillo.

Carlos Cardoso Zurita.

Luis Enrique Flores Dominguez.

Francisco Hierro Caballero

José Ignacio Martínez García.

Valentín Merino Estrada.

Ana María Sánchez Calvache.

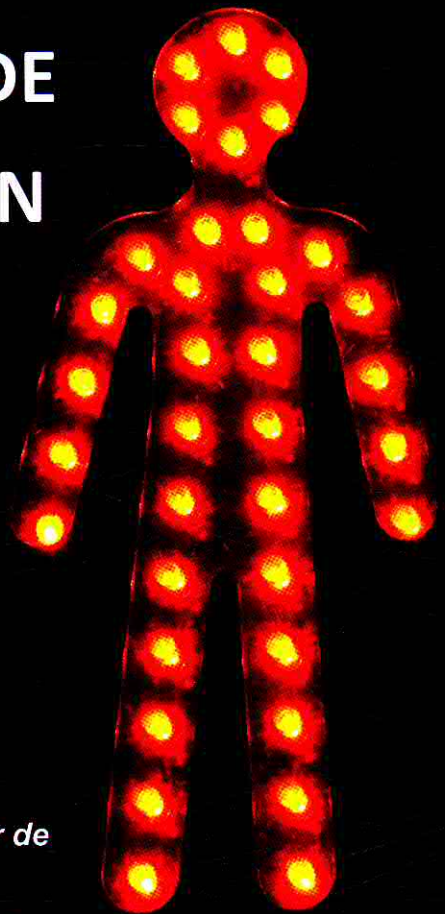
Redacción

Judith Lerena Ortiz y José Luis Rivera Carpintero. Cosital

Diseño y maquetación

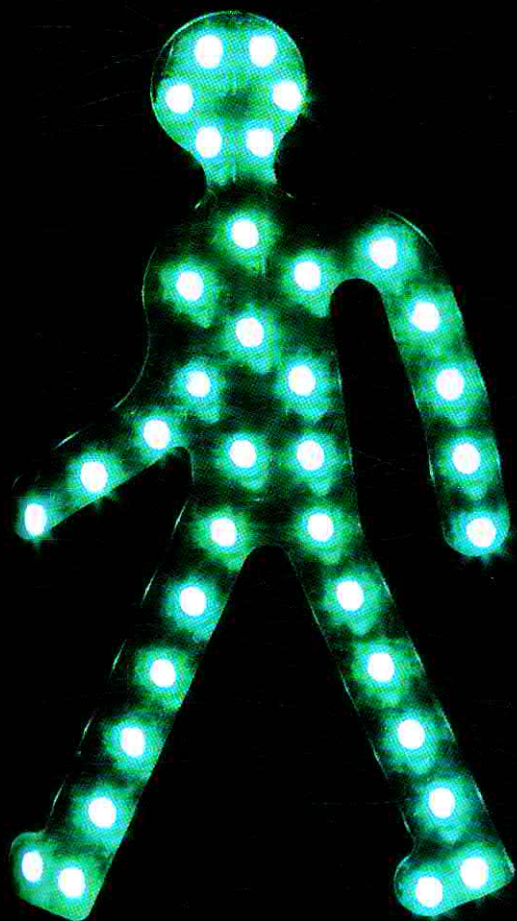
Belén Daza Santana. Cosital

**RESPONSABILIDAD
ADMINISTRATIVA
Y PENAL DE LOS
FUNCIONARIOS DE
ADMINISTRACIÓN
LOCAL CON
HABILITACIÓN
DE CARÁCTER
NACIONAL**



*Nieves Sanz Mulas. Profesora Titular de
Derecho Penal*

*Ricardo Rivero Ortega. Catedrático de
Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca*



SUMARIO

Introducción

1. Alcance de estas funciones y posibles responsabilidades asociadas

2. El delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP)

3. Falsedad de documento público u oficial (arts. 390 y 391 CP)

Introducción

El respeto al principio de legalidad y la rendición de cuentas son claves para la realización del Estado de Derecho. En ayuntamientos y diputaciones, ambos presupuestos dependen en gran medida del papel de los habilitados nacionales -secretarios, interventores y tesoreros- funcionarios de Administración local. Por ello, si de verdad se pretende que cumplan adecuadamente sus tareas, el estatuto de los integrantes de estos cuerpos, con más de doscientos años de historia, es crucial, así que conviene darle la debida importancia a los aspectos de selección, provisión de puestos de trabajo, garantía de la neutralidad política, retribuciones y responsabilidades¹.

Reconociendo la relevancia de otros elementos de su régimen jurídico, dedicamos este trabajo al análisis de las responsabilidades administrativas y penales por considerar necesario cierto deslinde de unas y otras. Observamos en los últimos años una preocupante tendencia: la de confundir y entrelazar irregularidades de naturaleza administrativa con repercusiones penales, calificando como graves delitos conductas que pueden merecer reproche jurídico, pero sin llegar a alcanzar proporcionadamente la gravedad justificadora de condenas de inhabilitación o, en casos extremos, penas de cárcel. Se han difuminado así los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo².

Conscientemente, presenciamos las consecuencias de la percepción social de impunidad, ante conductas severamente reprochables en la gestión de los recursos públicos. Los excesos detectados en algunos ayuntamientos y diputaciones disparan la reacción ciudadana y, por ende, judicial, exacerbando sus manifestaciones más contundentes -las penales-. Pero las instituciones jurídicas tienen un sentido, razón de ser cuya desnaturalización produce resul-

tados contraproducentes. El énfasis en la respuesta penal por la expansiva alarma contra la corrupción propicia agravios comparativos innumerables (justos que pagan por pecadores) desactivando controles y garantías que deberían funcionar antes y mejor.

Por supuesto, a nadie se le escapa la necesidad de reforzar un punto más el conjunto de derechos y obligaciones de secretarios, interventores y tesoreros, clarificando de una vez por todas su imprescindible papel en nuestras organizaciones administrativas locales. Su condición de garantía institucional de prevención de las desviaciones y abusos en el ejercicio del poder habría de concretarse, amén de las debidas cautelas en el momento clave del acceso y la provisión de puestos de trabajo, en un régimen de responsabilidades perfectamente establecido, impidiendo contaminaciones de la potestad disciplinaria u otras formas de responsabilidad administrativa que pudieran amenazar su posición como profesionales³.

A nuestro juicio, el régimen de las responsabilidades de los funcionarios públicos y autoridades en España necesita sin duda algunas correcciones, pero no abogamos por su innovación en clave disruptiva. Nos parece inconveniente oscilar entre la sensación de irresponsabilidad total y la vuelta de péndulo de las imputaciones (o investigaciones penales) normalizadas. Las diversas posibilidades de rendición de cuentas deben preverse y aplicarse con mesura, evitando el condicionamiento en clave puramente defensiva de quienes deciden en escenarios de complejidad sobre la realización de políticas públicas, gestión de recursos e interpretación de las normas. Pasar de un extremo al contrario no parece recomendable, ni siquiera en momentos de profunda crisis económica e institucional⁴.

Así como la responsabilidad disciplinaria puede y debe ser exigida sin condicionamientos de tipo político o personal, también el resto de modalidades

1 Vid. COSITAL, Secretarios, interventores y tesoreros de Administración local: Doscientos años al servicio de la ciudadanía, Madrid, 2012.

2 La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2015 evidencia desde nuestro punto de vista este sesgo de criminalización de conductas consideradas hasta fechas relativamente recientes como patologías de exclusivas consecuencias administrativas (en el caso de referencia, el fraccionamiento de contratos públicos).

3 Vid. MERINO ESTRADA, Valentín, "La profesionalización de los empleados públicos municipales: ¿Doscientos años de ida y vuelta?", en COSITAL, Secretarios, interventores y tesoreros..., cit.

4 Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo/MERINO ESTRADA, Valentín, Innovación en los gobiernos locales. Estrategias innovadoras de municipios y diputaciones provinciales en un contexto de crisis, INAP, Madrid, 2014.

de responsabilidad habrían de aplicarse conforme a su auténtico propósito institucional: la hasta fechas recientes casi inédita responsabilidad por alcance, para mejorar la gestión de recursos; la responsabilidad administrativa patrimonial, en los casos graves de negligencia con quebranto económico para la Administración; las responsabilidades penales, allí donde concurra un dolo en conductas inequívocamente tipificadas como delitos en el nuevo Código Penal. En todo caso, la clarificación de las responsabilidades es capital por motivos de seguridad jurídica.

En este trabajo nos abstendremos de realizar un análisis completo de las responsabilidades disciplinarias, más allá de referencias puntuales, por ser objeto de otro estudio monográfico en el mismo número de la Revista. Tampoco entraremos en las cuestiones adjetivas sobre la exigencias de las responsabilidades por alcance, ni en la mejor forma de resolver la siempre controvertida cuestión del ejercicio de la acción de regreso frente a autoridades y funcionarios autores o partícipes de comportamientos dañinos por los que la Administración debe indemnizar a terceros perjudicados. No ofreceremos por tanto un tratamiento completo del régimen de las responsabilidades administrativas, en toda su extensión⁵.

Nuestra aportación, en cambio, se centrará en las fronteras entre el Derecho administrativo y el Derecho penal. ¿Hasta dónde ilegalidades administrativas pueden producir consecuencias penales, en términos de exigencia de responsabilidad a los habilitados nacionales? ¿En qué medida se les puede hacer responsables -administrativa o penalmente- por los actos nulos o anulables en cuyo dictado participen, o que debieran quizás haber objetado? Siendo en cierto modo garantes de la legalidad y el control financiero, ¿se les puede responsabilizar por las vulneraciones más graves de las normas o los límites al gasto público? ¿Cuáles son las líneas rojas del Derecho penal? ¿A partir de qué punto una ilegalidad administrativa pasa a ser constitutiva de delito? Cuestiones hasta ahora relativamente bien conocidas, hasta que bruscos movimientos tectóni-

cos de placas jurídicas alteraron las clásicas fronteras generando incertidumbre.

Responsabilidades administrativas y penales de los secretarios: fe pública y asesoramiento legal preceptivo.

1. Alcance de estas funciones y posibles responsabilidades asociadas

El nuevo artículo 92bis añadido a la Ley de Bases de Régimen Local por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local, Ley 27/2013, de 27 de diciembre, señala entre las funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, la de Secretaría, “comprensiva de la fe pública y asesoramiento legal preceptivo”. Con esta redacción, el tradicional papel de los secretarios recibe un nuevo respaldo normativo explícito.

Repárese en la mención a la “responsabilidad administrativa” del ejercicio de estas funciones, sintagma cuyo significado evoca la precisa localización de estas tareas, con las excepciones previstas, en los secretarios. Otras normas más detalladas habrán de concretar los procedimientos y formas de ejercicio de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo, pero queda claro que una y otra función son propias de los secretarios, de manera que su omisión o defectuoso ejercicio puede ser considerado el incumplimiento de una obligación, con las consiguientes repercusiones en términos de exigencia de responsabilidades.

Centrándonos en nuestro objeto de atención, que ya hemos dicho es la frontera entre el Derecho administrativo y el Derecho penal, conviene analizar qué delitos pudieran concurrir en los supuestos extremos del incumplimiento de las obligaciones asociadas a la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo. Para ello vamos a exponer a continuación los tipos penales potencialmente vinculados a estos casos, esto es, la prevaricación (asociada a gravísimas vulneraciones de las normas) y las falsedades (en casos

5 Vid. FORTES GONZÁLEZ, Ana Isabel, Responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas, INAP, Madrid, 2014.

de distorsión de la fe pública).

En el caso de la prevaricación, la eventual responsabilidad de los secretarios suscita varias dudas, resultantes de la relativa indefinición del alcance de la función de “asesoramiento legal preceptivo”. En particular, controvertida es la persistencia o no de la histórica “advertencia de ilegalidad” que en redacciones previas de las normas reguladoras de los cuerpos nacionales se incluía, mientras hoy desaparece con tal nombre de sus competencias perfectamente definidas, circunstancia que explica el debate de baja intensidad dentro del mismo cuerpo sobre la permanencia o no de un deber de señalar las ilegalidades.

No nos cabe duda de la derogación de la correlación automática entre ilegalidad de acuerdos y responsabilidad por ausencia de advertencia. La regulación preconstitucional que asociaba esta responsabilidad a la ausencia de señalamiento de “manifiestas infracciones legales” fue superada por la Ley de Bases de Régimen Local. Pero ello no significa que no forme parte del papel del Secretario el poner de manifiesto graves infracciones el Ordenamiento jurídico si tiene la ocasión de hacerlo. Rechazarlo supone a nuestro modo de ver negar el propio sentido institucional de este Cuerpo.

¿Hasta qué punto debe un secretario hacer constar las ilegalidades que observe en los procedimientos en los que participe desde su posición institucional? Pues debe hacerlo en la medida que el procedimiento le de ocasión para ello. Si la estructura del procedimiento en cuestión no se lo permite, o no es formalmente consultado, no tiene ninguna obligación de hacerlo, como también descartamos la existencia de un deber genérico de denuncia ad extra de situaciones que pudiera considerar irregulares en la gestión pública, lo que no impide aconsejar la constatación documental de su existencia ad intra, dirigida a los órganos responsables, para salvar sus propias responsabilidades y llamar la atención sobre el carácter controvertido de algunas prácticas.

A continuación, expondremos los presupuestos de los delitos de prevaricación y falsedades, en su versión más reciente del nuevo Código Penal, para

poner de manifiesto la dificultad teórica de imputar a los secretarios en aplicación estricta de los principios penales, prurito que no se observa en algunas resoluciones judiciales que formulan interpretaciones de los tipos penales más allá de sus estrictos perfiles.

2. El delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP)

A) Bien jurídico protegido y su delimitación con la falta administrativa del art. 95.2 EBEP

El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros que orientan su desempeño⁶; esto es, aspira a garantizar la transparencia en el quehacer administrativo contribuyendo a la confianza de los ciudadanos en sus instituciones fortaleciendo así el propio Estado de Derecho (STS 624/2013, 27 de junio). El bien jurídico protegido, en consecuencia, es el sometimiento de la Administración al Derecho, tratándose de una total afrenta al mismo, ya que no sólo no existe una norma que se haya aplicado con corrección, sino que además esa actuación se presenta enmascarada con una aparente legalidad, al ser un acto o disposición dictada por un funcionario que se presume es objetivo, y dentro de un procedimiento aparentemente adecuado a su tramitación⁷.

De su parte, y en principio, las sanciones disciplinarias previstas en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), tienen su epicentro en la relación de sujeción especial entre la Administración y el funcionario. Por

6 Como establece la STS de 22 de abril de 2004 (caso Intelhorce), el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) El servicio prioritario a los intereses generales. 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E). Por ello la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (en el mismo sentido, SSTS 21 de diciembre de 1999, 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002).

7 GARCÍA PAZ, D., - JIMÉNEZ VACAS, J.J., “Sobre el delito de prevaricación administrativa en el CP español”, en LA LEY, 8279/2014, p. 2.

esta razón, es posible la imposición de una sanción disciplinaria junto a la penal, sin vulnerar el principio *ne bis in idem*, cuando el funcionario ha sido condenado por delito doloso cuya comisión cause grave daño a los administrados. Ahora bien, hay casos en que la conducta típica de muchas sanciones disciplinarias coincide con la de los delitos previstos en el CP. En concreto, en lo que a la prevaricación se refiere, la conducta parece coincidir con la prevista en el art. 95.2.d) EBEP que establece como falta disciplinaria muy grave: “la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”. En estos supuestos, de acuerdo con GÓMEZ RIVERO⁸, lo más correcto es entender que entre la sanción penal y la disciplinaria existe una relación de progresión, en el sentido de que conforme al principio de *ultima ratio* la sanción penal comprendería los casos más graves.

Por tanto, hay que distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. En este sentido, conviene tener presente que en el art. 62 Ley 30/92, de 26 noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros: los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS 49/10, 4 febrero). Esto es, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona (STS 787/2013, 23 octubre). En la jurisdicción penal, por tanto, sólo tienen cabida los supuestos antijurídicos de mayor gravedad, tan sólo las modalidades de

agresión más peligrosas, la trasgresión o incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo en los intereses de ambos o de la causa pública (STS 538/05, 28 de abril).

B) Objeto de la acción: la resolución administrativa y la exclusión de los actos de trámite

Los delitos contra funcionarios públicos no tienen carácter formal, sino que representan un injusto material: afectar a los intereses generales o a los ciudadanos. Por ello, no cualquier resolución administrativa puede dar lugar a un delito de prevaricación, sino sólo aquella que tenga un carácter decisorio susceptible de afectar al injusto material, aquélla que resuelva sobre el fondo del asunto en cuestión. Una decisión que debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando determinadas exigencias de garantía; luego quedan excluidos los denominados “actos de trámite” que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva (SSTS de 28 enero 1998; 12 febrero 1999; 27 junio 2003; 14 noviembre 2003; 9 abril 2007; 1 diciembre 2008; 1 julio 2009; 2 febrero 2011 y 300/2012, 3 de mayo).

Es esencial, por tanto, diferenciar los actos resolutorios de los de trámite. Mientras los primeros dan definitivamente forma a la voluntad administrativa, poniendo fin a los procedimientos administrativos, los segundos se limitan a instrumentar y ordenar el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva (STS 268/07, 9 de abril). En consecuencia, no son resoluciones, y por ello no pueden generar responsabilidad penal por prevaricación: una simple certificación (STS 1158/02, 20 de junio); un escrito de alegaciones (STS 2087/02, 31 de enero); un acuerdo verbal (STS 857/03, 13 de junio); dar un orden a un inferior jerárquico (STS 866/08, 1 diciembre), o cualquier otro acto de trámite (acta, informe, dictamen, diligencia, consulta, mandamiento de pago, etc.).

C) Sujeto activo y responsabilidad en los órganos colegiados

⁸ GÓMEZ RIVERO, C., (Coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 731.

Este delito sólo puede ser cometido por una autoridad o funcionario que, además, ostente la capacidad de dictar una resolución dentro de un asunto administrativo; esto es, que tengan capacidad resolutoria en el ámbito propio de funcionamiento de la Administración pública (SSTS 25 septiembre 2007; 1 diciembre 2008)⁹. Esto es, debe tener capacidad resolutoria, aunque sea por delegación, en el sentido de poder dictar actos administrativos u otras resoluciones que afecten a los administrados (STS 372/98, 9 diciembre; 1358/01, 8 enero; 485/02, 14 junio; 406/04, 31 de marzo). Por tanto, y en consecuencia, el extraneus no podrá ser autor directo o coautor, pero sí cooperador necesario¹⁰ o inductor¹¹. De su parte, en el supuesto de órganos colegiados -y declarada expresamente la incapacidad penal de las entidades públicas en el art. 31 quinquies CP- será preciso identificar la responsabilidad personal de cada uno de sus miembros (STS 648/07, 28 junio). Cabría, por tanto, hablar de la responsabilidad penal, como coautor, de cada uno de los miembros del órgano colectivo cuyos votos posibilitan la aprobación de la resolución arbitraria (SSTS 22 mayo 2001, 16 diciembre 1998). Obviamente, quedan excluidos quienes votan en contra o se abstienen en dicha votación¹².

9 MOLINA FERNÁNDEZ, F., (Coord.), Memento práctico. Penal, ediciones Francis Lefebure, Madrid, 2011, p. 1416.

10 Una cooperación necesaria que puede proceder tanto de un funcionario como del particular que presta una colaboración indispensable al funcionario que decide arbitrariamente. También puede darse en el caso del funcionario que participa en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta con una intervención administrativa previa, no decisoria pero sí decisiva, y que podría calificarse como coautoría sucesiva (STS 1493/99, 21 diciembre).

11 Ahora bien, y sin embargo, en algunas sentencias recientes el TS se aparta radicalmente de este tesis, y condena por prevaricación a funcionarios públicos que carecían de atribución alguna a la hora de resolver, justa o injustamente, el asunto administrativo que manejaban (entre otras, STS 222/2010, de 4 de marzo). Es más, incluso se llega a condenar por prevaricación a quienes ni tan siquiera son funcionarios, viniendo a afirmar que resulta indiferente a efectos de condena por el art. 404 que el autor sea o no el funcionario llamado a resolver (STS 303/2013, de 26 de marzo), consolidando así, de en palabras de MUÑOZ, "la huida desde los requisitos típicos a un mundo impreciso en que es el resultado ocasionado lo que, en razonamiento regresivo, justifica la condena de quien, dogmáticamente, no puede ser autor de una determinada tipicidad".

12 LAMARCA PÉREZ, C., (Coord.), Derecho penal. Parte especial, 5ª edic., Colex, Madrid, 2010, p. 602.

C) Conducta delictiva: dictar una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia

Para empezar, aunque el comportamiento típico consiste en "dictar", por lo que es claramente activo, la jurisprudencia admite excepcionalmente la prevaricación omisiva cuando la ausencia de una resolución administrativa equivale a haberla adoptado y su incumplimiento implica efectos equivalentes a su denegación (Acuerdo de Sala del TS de 30 junio 1997). En este sentido, y por ejemplo, el TS admite la comisión por omisión en los siguientes casos: cuando el alcalde impide la convocatoria de un pleno para someter a debate una moción de censura, porque supone una patente y abierta contradicción con las normas legales (STS 784/97, 2 de julio); cuando el alcalde rehúsa el pago de las retribuciones reclamadas, lo que supone una tácita denegación de la reclamación que le hacía el secretario interventor, expedientado por determinadas irregularidades, que se vio privado de todo ingreso por razón de su cargo (STS 649/02, 16 abril); alcalde que no da de baja unos empadronamientos indebidos que podían afectar al resultado de unas elecciones (STS 1093/06, 18 octubre)¹³.

Sea como fuere, el carácter injusto o arbitrario de la resolución es lo que justifica la intervención del Derecho penal. Frente a la mera nulidad o anulabilidad de los actos administrativos, subsanable mediante los correspondientes recursos, la prevaricación administrativa se caracteriza por esa frontal oposición a lo ordenado por el Estado de Derecho¹⁴. Es por ello que no tienen cabida las interpretaciones discutibles o simplemente erróneas, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Esto es, una resolución indefendible por sustituirse la volun-

13 En sentido similar, entre otras: SSTS 426/2000 de 18 de marzo; 1382/2012, de 17 de julio; y 787/2013, 23 octubre.

14 FABIÁN CAPARRÓS, E., "Delitos contra la Administración Pública (I)", en TERRADILLOS BASOCO, J., (Coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho penal. Parte Especial. Volumen II, Iustel, Madrid, 2011, p. 123.

tad de la ley por la voluntad del funcionario¹⁵. En cualquier caso, y pese a que el tipo utiliza el término "a sabiendas", que normalmente se identifica con dolo directo, la doctrina y jurisprudencia creen posible el dolo eventual. Ahora bien, la jurisprudencia más reciente, sin embargo, considera que este delito sólo puede cometerse con dolo directo, excluyendo la responsabilidad penal en aquellos casos en los que haya dudas razonables sobre la injusticia de la resolución, que deberán ser reconducidos al ámbito del Derecho disciplinario y, en su caso, de la responsabilidad civil¹⁶.

D) Penas y plazos de prescripción

Con la última reforma del CP, a la pena ya prevista anteriormente de inhabilitación para empleo o cargo público se le añade la inhabilitación adicional (no alternativa) de otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, lo que impide al condenado optar a un cargo electivo durante el tiempo previsto en la condena. La duración para ambas inhabilitaciones es ahora de nueve a quince años, lo que a su vez afecta a los plazos de prescripción. A tales efectos, el art. 131, que también ha sido modificado, prevé que este delito no prescriba hasta los 20 años (art. 131.1 CP).

15 Según reiterada jurisprudencia esta patente contradicción de la resolución con el Derecho puede manifestarse porque: se dicta sin tener la competencia legalmente exigida, o por órganos incompetentes (SSTS 8 enero 2002; 2 noviembre 1999; 12 junio 1998); no se respetan las normas esenciales de procedimiento o se omiten trámites esenciales del mismo (SSTS 14 noviembre 2000; 2 noviembre 2000; 23 octubre 2000; 4 diciembre 1998); el fondo de la resolución contraviene lo dispuesto en la legislación vigente, esto es, existe una patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico (SSTS 8 enero 2002; 12 diciembre 2001; 22 mayo 2001; 1 julio 2000; 12 junio 1999); el fondo de la resolución supone una desviación de poder, contraviene la legislación vigente o se adopta fuera de plazo; total ausencia de fundamento; o existe claro desprecio de los intereses generales.

16 FABIÁN CAPARRÓS, E., "Delitos contra la Administración Pública (I)", op. cit., p. 126. En este sentido, las SSTS 537/2002, de 5 de abril y 1031/2002, de 30 de mayo, manifiestan que no cabe culpa o negligencia en la realización del injusto, ni tan siquiera el dolo eventual, sino que ha de concurrir un dolo directo y específico. Esto es, sólo se comete el delito cuando el funcionario, con plena conciencia de que va a resolver en contra del Ordenamiento Jurídico, así lo hace actuando porque quiere ese resultado y antepone su voluntad al Derecho, erigiéndose el mismo en una pretendida e injusta fuente normativa. En definitiva, el sujeto activo ha de tener clara la conciencia de la arbitrariedad y de la injusticia que está cometiendo, sin que pueda integrarse el tipo subjetivo de este delito con una mera asunción de probabilidades en la realización de lo jurídicamente desaprobado y reprochable (también SSTS 1/98, 23 mayo; 1493/98, 4 diciembre; 766/99, 18 de mayo; 1526/99, 2 de noviembre; 1031/02, 30 mayo; 867/03, 22 septiembre; 141/05, 11 febrero).

3. Falsedad de documento público u oficial (arts. 390 y 391 CP)

A) Objeto material del delito: documento público u oficial

Por documento público se entiende aquél que en su elaboración interviene un fedatario público, notario o empleado público, siempre que actúen en tal condición, dentro de su ámbito de competencia y con los requisitos establecidos en la ley (ej., escrituras públicas, certificaciones del registro civil, resoluciones judiciales, etc.). De su parte, son documentos oficiales los emanados de un organismo o ente público (ej., ayuntamiento) con la finalidad de satisfacer las necesidades del servicio público¹⁷. Se consideran una clase de documentos públicos por ser emitidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (cédulas de habitabilidad, certificados de residencia, permisos de conducir, DNI, pasaporte, recetas de la seguridad social, placas de matrícula, décimos de lotería, etc.)¹⁸. Por documento, en todo caso, también puede entenderse la fotocopia de un documento público u oficial autenticada (SSTS 1227/98, 17-12; 636/07, 3-7; 474/06, 28-4).

B) Sujeto activo

Sujeto activo solo puede serlo la autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, es decir, que se mueva en el ámbito de su normal y propia competencia funcional. No estaremos, por tanto, ante esta figura cuando el funcionario no interviene en la órbita de sus funciones sino que aprovecha las ventajas de su condición de funcionario para acceder de forma irregular al documento, en cuyo caso responderá como falsedad cometida por particular del art. 392, con la agravante del 22.7ª por

17 La jurisprudencia, sin embargo, ha efectuado una interpretación extensiva del término, incluyendo los documentos privados, denominados "documentos recepticios", cuyo único destino es el de su incorporación a la esfera pública, a alguno de los órganos que integran la Administración (STS 19-9-96; 21-03-05). Vid., en MOLINA FERNÁNDEZ, F., (Coord.), Memento práctico, op. cit., p. 1391.

18 GÓMEZ RIVERO, C., (Coord.), Nociones fundamentales de Derecho penal, op. cit., p. 571.

prevalecerse de su carácter público¹⁹. En cualquier caso, y de acuerdo con QUINTERO²⁰, dado que el volumen de funcionarios que en sus tareas habituales utilizan papeles o documentos es muy amplio -y obviamente no es lo mismo un funcionario que atribuye manifestaciones inciertas que un funcionario administrativo que sella un documento como examinado sin haberlo siquiera leído-, la concreción de los sujetos incluidos en el tipo no viene sólo de que sean funcionarios, sino, además que tenga la competencia bastante para crear o autorizar los documentos cuya falsedad puede incluirse como punible. Por esa razón se ha sostenido que debe tratarse de funcionarios investidos de la capacidad de dar fe de los hechos, o de acreditar realidades válidas para las relaciones jurídicas, lo que excluye a muchos funcionarios públicos cuya labor diaria pasa por la constante utilización de escritos que pueden no tener ese alcance (SSTS 15-06-05; 16-05-06).

Sea como fuere, si en las falsedades cometidas por un funcionario o autoridad pública participa un particular, éste responderá como inductor o cooperador necesario de los delitos tipificados en el art. 390 ó 391 con la posible atenuación de la pena prevista en el art. 65.3. Si por el contrario, es el funcionario o autoridad pública quien participa en una de las falsedades cometidas por un particular, en este caso, el funcionario o autoridad pública responderá como inductor o cooperador necesario de las falsedades cometidas por particular (art. 392)²¹.

B) Modalidades delictivas. La modalidad imprudente del art. 391 CP

Las modalidades típicas recogidas en el art. 390.1

19 Este sería el caso, por ejemplo, de la secretaria-interventora interina de un ayuntamiento que confeccionó un documento falso consistente en una resolución del alcalde en la que se le denegaba permiso para desplazarse a otra ciudad a celebrar un juicio como abogada, imitando para ello la firma del alcalde y enviándolo por fax al juzgado, consiguiendo así que el juicio de suspensión (STS 572/02, 2-4). En sentido similar, SSTS 1/04, 12-1; 136/05, 3-2; 141/05, 11-2; 552/06, 16-5; 1149/09, 26-10.

20 QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), Comentarios al Código penal español, Tomo II, 6ª edic, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1079.

21 GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., "Falsedades", en LAMARCA PÉREZ, C., (Coord.), Derecho penal, op. cit., p. 575.

CP son²²:

Alterar un documento en algún elemento o requisito de carácter esencial: falsedad material en la que es necesario que el documento o requisito que se falsea tenga entidad suficiente como para que el documento pueda surtir los efectos que pretendía el falsificador. Son elementos esenciales aquellos que condicionen su sentido y función como: lugar, fecha, intervinientes y contenido relevante para la eventual futura prueba (STS 888/04, 5-7).

Simular un documento de forma que induzca a error sobre su autenticidad: falsedad material que supone la creación de un documento que parezca verdadero. Puede crearse ex novo todo el documento (documentos apócrifos)²³, o intervenir sobre uno ya existente de forma que se aporte un contenido y apariencia totalmente distintos de los del original (ej., impresos con espacios en blanco, como las recetas de la Seguridad Social, que se rellenan con datos inventados)²⁴.

Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuir declaraciones distintas de las realizadas: falsedad ideológica porque no afecta al soporte físico del documento, sino a su contenido, y por tanto a su veracidad. Se recogen dos modalidades: fingir la intervención de personas que realmente no la han tenido (ej., imitando su firma); o,

22 GÓMEZ RIVERO, C., (Coord.), Nociones fundamentales de Derecho penal, op. cit., pp. 576 y ss.

23 Pleno no jurisdiccional de 26 de febrero de 1999: "La confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerado la falsedad que se disciplina en el art. 390.1.2ª".

24 Se apreció esta modalidad en el caso del Alcalde y el Secretario que confeccionaron y firmaron mandamientos de pago a una persona inexistente por una relación laboral también ficticia (STS 1954/02, 29-1-03); creación de dos documentos, uno en el que se hizo constar una cosa diferente a lo acordado en el pleno y otro relativo a una licencia de instalación que se dice acordada en un decreto que nunca existió, y todo ello con un sello que no era el oficial del ayuntamiento y un número de registro de salida falsificado (STS 141/05, 11-2); alcalde que firmó cuatro certificaciones acreditativas de la realización de las obras con el fin de obtener fraudulentamente unas subvenciones públicas, pero tales obras se encontraban previamente ejecutadas con cargo a otras partidas municipales (STS 1308/03, 7-1-04).

habiendo intervenido, atribuirles declaraciones distintas a las que realmente hicieron (ej., declaración ante un notario). En ambos casos, la conducta debe tener la trascendencia suficiente como para alterar sustancialmente el documento²⁵. No tiene cabida en esta conducta el hecho de que el funcionario omita la intervención de quien sí ha participado, pues omitir no es equiparable a no suponer, y además la conducta aquí tipificada es de hacer, no de omitir²⁶.

Faltar a la verdad en la narración de los hechos: falsedad ideológica que consiste en alterar los hechos o declaraciones incorporados al documento, de modo que lo que se afirma es falso. Esto es, se estaría ante un documento genuino por sus intervinientes pero inauténtico por su contenido (STS 1345/05, 14-10). Es preciso que la alteración sea relevante y que afecte a aspectos esenciales del documento. Esta conducta sólo puede ser cometida por autoridad o funcionario público, porque sólo ellos tienen deber de veracidad, y únicamente atañe al emisor del documento²⁷.

En cualquiera de los cuatro supuestos vistos, el delito se consuma en el momento en que realizada la conducta el documento entra el tráfico jurídico con posibilidades de desempeñar en él algún papel²⁸.

25 Se apreció esta modalidad en el caso de la secretaria del ayuntamiento que hizo constar en una diligencia de notificación que la hacía en la persona de su destinataria, cuando ésta se encontraba realmente en otra ciudad (STS 1536/02, 26-9).

26 GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., "Falsedades", op. cit., p. 574.

27 Se apreció esta modalidad en los siguientes casos: certificación expedida por un Alcalde pedáneo y el Secretario del Ayuntamiento, indicando que los propietarios de las fincas rústicas afectadas consentían en la creación en ellas de un coto de caza, cosa que no era verdad (STS 863/97, 16-6); certificación del Secretario de un Ayuntamiento de un mayor número de plazas hoteleras de las realmente existentes en la localidad (STS 466/98, 31-3); Alcalde y Secretaria del Ayuntamiento que confeccionan mandamientos de pago por un importe de 660.000 pts, consignando en los mismos que la finalidad del pago era cubrir los gastos de su asistencia a un curso de formación en Madrid, cuando ambos acusados dispusieron del dinero pero nunca acudieron a dicho curso, del que ni tan siquiera consta que se celebrara (STS 248/03, 18-2); inscripción registral de un inmueble expropiado por el Ayuntamiento, ocultando que dicha expropiación había sido anulada y pendía un recurso contencioso-administrativo (STS 496/98, 6-4).

28 GONZÁLEZ CUSSAC- MATALLÍN EVANGELIO-ORTS BERENGUER-ROIG TORRES, Esquemas de Derecho penal. Parte especial, Tomo VII, 2ª edic., Tirant lo Blanch, 2010, p. 302.

Luego, tanto las alteraciones irrelevantes (inocuas), carentes de significación jurídica, como las excesivamente burdas, serán impunes por no surtir el efecto falseario deseado²⁹ (entre otros, SSTS 828/98, 18-11; 1185/04, 22-10; 1095/06, 16-11; 1316/09, 22-12; 1111/06, 15-11). De su parte, y por supuesto, si no hay inveracidad no hay delito³⁰. Sea como fuere, para que el delito se consuma es indiferente si el autor logra o no su objetivo. Al ser un delito de resultado, cabe la tentativa.

Finalmente, el delito recogido en el art. 390 es doloso, si bien también existe una versión imprudente en el art. 391 donde se castiga a la autoridad o funcionario público que por imprudencia grave cometa alguno de los comportamientos descritos en el art. 390.1, o que dé lugar a que otra persona los cometa. En este sentido, la doctrina³¹ ha destacado el castigo como imprudente de conductas donde los funcionarios certificaban conocimientos que no habían constatado y no eran verdad, lo que realmente es una conducta dolosa aunque esa falta de conocimiento se deba a falta de diligencia o a error³².

Responsabilidades administrativas y penales de los interventores: malversación de fondos públicos.

Así como la posición de los secretarios en relación a los posibles delitos de prevaricación resulta comprometida por la posible polémica en torno a un eventual deber de reaccionar ante las ilegalidades

29 GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., "Falsedades", op. cit., p. 573.

30 Este es el caso, por ejemplo, de la manipulación de la firma del secretario del ayuntamiento en un determinado mandato de pago, que sin embargo respondía a la verdad porque se pagó la cantidad allí reseñada a la persona mencionada, por lo que el hecho no tuvo incidencia jurídica que lesionara o pusiera en peligro el bien jurídico subyacente al documento, STS 1565/98, 11-2) En sentido similar, SSTS 1561/02, 24-9; 73/10, 10-2).

31 GONZÁLEZ AGUDELO, G., "Las falsedades", en TERRADILLOS BASOCO, J., (Coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, op. cit., p. 104. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), Comentarios al Código penal español, op. cit., p. 1085; GONZÁLEZ CUSSAC- MATALLÍN EVANGELIO-ORTS BERENGUER-ROIG TORRES, Esquemas de Derecho penal, op. cit., p. 304).

32 Ese fue el caso, por ejemplo, del Secretario de Ayuntamiento que firmó como si fuera el arquitecto municipal, dando su conformidad a unas obras sin cerciorarse de si estaban terminadas y si el arquitecto municipal estaba dispuesto a dar su conformidad a las mismas (STS 25 junio de 1999).

más graves, el papel de los interventores ha sido mejor definido a partir de la última redacción del artículo 218 de la Ley de Bases de Régimen Local. Este precepto despeja el reparto de poderes de control y decisión, dejando en último término las decisiones (incluso contra el criterio del Interventor) en los órganos representativos.

Así, el órgano interventor elevará informe al Pleno sobre todas las resoluciones adoptadas por el Presidente de la Entidad local contrarias a los reparos efectuados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos, sin incluir en ningún caso cuestiones de oportunidad o conveniencia. El Pleno conocerá este informe junto a otro posible justificativo del Presidente de la Corporación, sin perjuicio de que el Presidente también pueda elevar su resolución al órgano de control competente por razón de la materia. Todos los acuerdos finalmente adoptados, junto a un resumen de las anomalías detectadas, deben remitirse al Tribunal de Cuentas.

Queda claro pues que el Interventor tiene la obligación de poner de manifiesto aquellas irregularidades que detecte, trasladarlas al órgano de control ad extra (Tribunal de Cuentas) y al Pleno de la Corporación. Si no lo hace, su responsabilidad puede verse comprometida (más administrativa que penalmente, como ahora veremos). Pero si lo hace, cumpliendo con lo establecido en sus normas reguladoras, salva cualquier posible responsabilidad en los delitos relacionados con la administración o gestión de recursos públicos, cuyos perfiles penales pasamos a resumir a continuación.

1. La malversación del patrimonio público (arts. 432 y ss CP)

El delito de malversación de caudales ha sido profundamente reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, suponiendo ahora un reenvío a los también nuevos delitos de administración desleal (art. 252 CP) y apropiación indebida (art. 253 CP), cualificados por las notas de ser el autor autoridad o funcionario público y el objeto material el patrimonio público.

Sujeto activo

La clave para entender al delito de malversación de caudales públicos, sin duda es su autor: sólo funcionarios públicos que por razón de sus funciones tienen a su cargo caudales públicos. Esta especial relación con los caudales públicos (derivada de la ley, de un acto de la autoridad competente o de la praxis), al mismo tiempo que habilita al funcionario para disponer de los bienes de la Administración, contrayendo obligaciones a su cargo, también le otorga más posibilidades de causarle un perjuicio patrimonial que cualquier otra persona, al igual que ocurre con el administrador de una sociedad. Sea como fuere, no es necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos, lo decisivo es la facultad decisoria jurídica o la detentación material de los mismos, que permitan su disponibilidad material³³.

Objeto material: el patrimonio público

La nueva definición del objeto material como “patrimonio público” en lugar de la antigua alusión a “caudales y efectos públicos”, viene a colmar la laguna de punibilidad que se producía al entenderse no incluidos los bienes inmuebles, lo que dejaba fuera de la tipicidad la venta de bienes inmuebles por la Administración a infraprecio³⁴. Ahora bien, el concepto de patrimonio público tampoco está exento de problemas, dado que la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones

33 La jurisprudencia, no obstante, ha interpretado de forma extensiva la expresión “tener a su cargo caudales públicos”, considerando que basta con que los bienes hayan llegado al funcionario “con ocasión” de su cargo, de modo tal que una custodia ocasional sirve para apreciar la existencia de un delito de malversación. Esta interpretación amplia se debe a que, más que la especial relación de un determinado tipo de funcionarios con el patrimonio, pone el acento en que cualquier funcionario, sea cual sea el cargo que ocupe, tiene un deber de fidelidad genérico hacia la Administración y sus bienes, que defraudaría a través de la apropiación del bien. Se basa, por tanto, en una idea trasnochada, y ya superada ampliamente por la doctrina, del sentido de los delitos cometidos por funcionarios públicos. Algunas sentencias recientes, sin embargo, empiezan a distanciarse de esta línea jurisprudencial, restringiendo el círculo de autores en el sentido aquí estudiado (STS 12 diciembre 2005).

34 Aunque sí se podía castigar como fraude a la Administración del art. 436 CP si se detectaba concierto entre los particulares interesados y la autoridad o funcionario público (SAP Baleares 68/2013, de 23 de julio de 2013, caso “Can Domenge”).

Públicas, no incluye dentro del patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y demás recursos financieros de su hacienda. La solución estaría, según MARTELL³⁵, en que el derecho penal construya una definición propia que pase por entender por patrimonio todo el conjunto de bienes pertenecientes a la Administración pública.

C) Conducta delictiva: administración desleal y apropiación indebida del patrimonio público

Al remitirse el art. 432 CP a las conductas previstas en los arts. 252 y 253 CP, cabe diferenciar entre:

- Apropiación indebida de patrimonio público (art. 432.2): aquí la conducta consistiría en apropiarse para sí o para un tercero del patrimonio público mueble que le hubiera sido confiado, o negare haberlo recibido, en perjuicio de la Administración correspondiente. Coincide con la vieja modalidad de sustracción o consentimiento de sustracción por un tercero prevista en la anterior versión del art. 432 CP.

- Administración desleal del patrimonio público (art. 432.1): la conducta consistiría en infringir las facultades que el sujeto tiene para administrar el patrimonio público excediéndose en su ejercicio y causando un perjuicio al patrimonio administrado. Ahora bien, al remitirse al también nuevo delito de administración desleal, se reflejan los mismos problemas que en aquel delito, que por su generalidad es incompatible con el principio de taxatividad penal, con la agravante de que la malversación de caudales tiene una pena superior. Es más, y para empezar, no son equiparables las finalidades, contornos y limitaciones de la gestión del patrimonio público y del privado³⁶.

Mientras la gestión en el ámbito privado se conecta con la consecución de beneficios y, por tanto, el perjuicio se entiende producido cuando se produce una

pérdida económica, la gestión y administración del patrimonio público se conecta con el régimen jurídico del gasto público, su presupuestación y ejecución para conseguir finalidades y políticas de interés general. En la Administración pública es el propio administrador quien fija la dirección, funcionalidad y finalidad del gasto, pudiendo resultar complicado democráticamente hablando un control externo y ex post acerca de la adecuación del gasto a los fines perseguidos. Es más, si tenemos en cuenta que la legislación del gasto público es profusa y exhaustiva, la infracción de facultades de administración resulta sencilla y hasta habitual, por lo que el tipo del art. 432.1 puede presentar una vocación expansiva alarmante dado que la conducta típica no se encuentra limitada por la gravedad o flagrancia³⁷. Y eso es algo especialmente preocupante en el caso específico de las haciendas locales, donde el marco regulatorio es enormemente complejo³⁸, y el deficiente despliegue de personal del Cuerpo Nacional de Interventores de Haciendas Locales, conlleva el que muchas veces sirvan simultáneamente como único órgano de control interno de hasta en cinco municipios con ordenadores de pagos (alcaldes, comisiones de gobierno y pleno, en sus respectivos casos), y ello sin tener a veces la formación necesaria en el ámbito presu-

37 De acuerdo con MARTELL, la dinámica del gasto público comporta una serie de actos que comienzan con la dotación presupuestaria a disposición de los centros gestores para la cobertura de las necesidades para las que han sido aprobados. A continuación se desarrolla un procedimiento de ejecución del gasto que sujeta el reconocimiento de la obligación y a la ordenación del gasto a estrictas reglas de legalidad presupuestaria. Tanto la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones Públicas, como la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria formulan un arsenal de reglas y principios de programación presupuestaria, gestión presupuestaria y gestión económico-financiera que contemplan desde objetivos de política económica y formulaciones abstractas de principios hasta concretos mandatos regulatorios sujetos al estricto principio de legalidad. Unos y otros pueden ser objeto de un riguroso juicio de contradicción y ello va a bastar para colmar la dimensión objetiva de la acción típica. El tipo además no distingue entre infracciones graves y leves a esos cuerpos normativos extraordinariamente complejos. Es más, la propia dinámica de ejecución presupuestaria en ocasiones precisa alterar el presupuesto en su cuantía y finalidad a fin de paliar la insuficiencia de crédito de partidas presupuestarias concretas mediante las figuras de ampliaciones, generaciones, suplementos de crédito, créditos extraordinarios y transferencias también llenas de complejidades en su tramitación, y que sirven a la naturaleza viva y dinámica de la ejecución presupuestaria en función de necesidades que pueden ser cambiantes. Vid., en MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., "El delito de malversación", op. cit., pp. 693 y ss.

38 Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

35 MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., "El delito de malversación", en QUINTERO OLIVARES, G., Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 697.

36 *Ibidem*, p. 692.

puestario y contable³⁹.

Esto es, el tipo no hace distinciones ni permite una contemplación del principio de gradualidad que conecte armónicamente la nulidad y anulabilidad administrativa con la acción típica de infracción por exceso de las facultades del administrador ordenador de pagos. Obviamente, los supuestos más escandalosos de gasto ingente en protocolo, representación o infracciones flagrantes a los principios de eficiencia (que la relación entre los recursos empleados y los resultados obtenidos sea máxima) y economía (condiciones en que la administración adquiere sus recursos en relación a la cantidad y calidad) que informan el gasto público (art. 31 CE), pueden ser tenidos como desviación de poder de concurrir la nota de arbitrariedad y ser castigados como prevaricación, incluso con responsabilidad civil subsidiaria. Ahora bien, a veces la Administración se limita a realizar “gastos de transferencia”, es decir, pagos a los ciudadanos sin contrapartida (ej., subvencionar la enseñanza o la sanidad). Luego, si tenemos en cuenta que la Administración realiza gasto en su actividad de fomento, en su actividad promocional y en el desarrollo de políticas asistenciales cuya concreción y definición del gasto viene atribuido a la autoridad política que, a su vez, es el ordenador de pagos, es peligroso que sea el juez quien “por su propio imperio”, tras constatar infracción por leve que sea en la ejecución presupuestaria, reinterprete la función que el gasto está llamado a cumplir en esa concreta política, declarando la concurrencia de perjuicio típico por desviación de fines conforme al concepto personal o funcional de patrimonio⁴⁰.

La delimitación de lo que se debe entender por perjuicio es, por tanto, urgente. Una limitación que debe buscarse en el concepto económico de patrimonio que atiende a la constatación de un decremento o disminución evaluable del patrimonio público como consecuencia del comportamiento en apariencia de exceso en las facultades del administrador⁴¹. Porque

39 MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, op. cit., p. 694.

40 MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, op. cit., p. 695.

41 MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., “El delito de malversación”, op. cit., p. 695.

una interpretación que no atienda a una restricción a partir del concepto de perjuicio, primando hasta lo intolerable toda infracción de la normativa de ejecución presupuestaria, implica la resurrección de la vieja malversación presupuestaria del art. 397 CP 1973⁴², despenalizada precisamente por la ausencia de carga de antijuridicidad material. En cualquier caso, acudir a un concepto económico de patrimonio no implica, necesariamente, la atipicidad de la modalidad comisiva de uso temporal privado del anterior art. 434 CP, si tal utilización privada obligare a la Administración a sustituir ese recurso o activo haciendo un gasto para suplirlo y no desatender el servicio público. Fuera de ese supuesto, toda reacción habría de limitarse al ámbito disciplinario.

D) Supuestos agravados y atenuados

Según el art. 432.3 las penas se agravan cuando se cause grave daño o entorpecimiento al servicio público⁴³ y, en todo caso, cuando el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros. Si superase los 250.000 la pena se agrava aún más. De su parte, el art. 433 prevé la atenuación de la pena cuando no alcanza la cantidad de 4000 euros, lo que en realidad no es sino un tipo de recogida de las sustracciones cuya cuantía no ha quedado acreditada. Si se trata de un delito continuado, cuando el total del perjuicio supere esa cantidad se aplicará el tipo básico (art. 432 CP).

42 Art. 397 (CP 1973): “El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas de inhabilitación especial y multa del 5 al 50 por 100 de la cantidad distraída, si resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados, sin que pueda bajar dicha multa de 5.000 pesetas, y en la de suspensión, si no resultare”.

43 La valoración de la especial gravedad no dependerá, por tanto, exclusivamente de la cuantía económica de la sustracción, sino que habrá de conjugarse con el daño o entorpecimiento provocado al servicio público que, a su vez, y precisamente por ello, deberá evaluarse conforme a baremos ajenos al perjuicio económico (ej. retrasos en la prestación del servicio, formación de listas de espera, etc., cuya vinculación objetiva el hecho del autor deberá quedar perfectamente acreditada). Ahora bien, la jurisprudencia considera que desde el momento en que se admite el prestigio de un servicio público supone un daño, cuando el valor de las cantidades sustraídas sea muy elevado, deberá entenderse que, en principio, concurren conjuntamente aquellas dos circunstancias y deberá, por tanto, aplicarse la agravación. Se apreció especial gravedad en caso de 10 millones (STS 616/202, de 13 de abril); 50 millones (STS 180/98, 10 de febrero); 71 millones (STS 616/02, 13 abril), etc.

Finalmente, como supuesto hiperatenuado (art. 434 CP) se prevé una atenuante muy cualificada si el culpable repara el perjuicio causado o colabora activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de los responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos. Una previsión que, además de solaparse con la atenuante de reparación del daño, prescinde del requisito temporal en que la reparación se adelante a la celebración del juicio oral, por lo que supone una clara condescendencia con las funciones públicas que, lógicamente, genera desconfianza de los ciudadanos en el Derecho. Es más, si aparte de la degradación de la pena prevista (pena inferior en uno o dos grados), tenemos en cuenta el principio de retroactividad penal favorable al reo, estamos ante un artículo absolutamente rechazable que no sólo beneficiará a los hechos malversadores futuros, sino también a los pasados.

2.El delito de falsedad contable pública (art. 433 bis)

Este artículo fue introducido por LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Se engloba, por tanto, entre las medidas propuestas para lograr la estabilidad presupuestaria y erradicar la mala gestión de los recursos públicos en un contexto de crisis económica y política en el que se están conociendo importantes escándalos de corrupción y situaciones de quiebra de muchos ayuntamientos.

A) Bien jurídico protegido y objeto material del delito

Con este delito, se busca proteger el principio que exige que las administraciones públicas den una imagen fiel de su situación financiera, protegiendo con ello el patrimonio de la Administración pública; en concreto el patrimonio “de la entidad pública de la que dependa”. De su parte, objeto material del delito debe ser un documento que refleje la situación económica de la entidad (entre los que se cita la contabilidad) o de una información. Ahora bien, ¿no son todo ellos documentos públicos cuya falsedad se protege en los arts. 390 y ss.? En atención a lo

previsto en el art. 1217 Ccivil, la calidad de público de estos documentos es indudable, por lo que la incongruencia es clara.

B) Conducta delictiva: el perjuicio económico como resultado.

También conlleva importantes problemas determinar cuál es la conducta típica por la relación que este art. 433 bis tiene tanto con el art. 290 (delito societario de falsedades contables) como con los arts. 390 y ss. (falsedad de documento público). Esto es, el nuevo art. 433 bis, lejos de solucionar problemas concursales genera otro: dotar al verbo “falsear” de un contenido diferente al que le da el art. 290 CP. Conductas falsarias que deben ser diferentes a las del art. 390 CP, ya que el propio art. 433 bis habla expresamente de quien falseare “fuera de los supuestos previstos en el artículo 390”. En consecuencia, ¿cómo se ha de falsear? Si las formas de falseamiento no pueden ser ninguna de las comprendidas en el art. 390, incluidas las falsedades ideológicas, ¿de qué tipo o forma ha de ser la conducta falsaria?

Según la dicción del precepto, la conducta consiste en poder causar de forma idónea un perjuicio económico para la entidad pública: por falsear la contabilidad, los documentos o la información relevante que refleje la situación financiera de la concreta entidad pública (art. 433 bis.1 CP); o por facilitar información mendaz a terceros sobre la situación económica de la misma (art. 433 bis.2 CP). En ambos casos se trata de un delito que sólo requiere la aptitud o idoneidad de la conducta para causar el perjuicio económico. Se debe, por tanto, acreditar en el procedimiento la idoneidad de la conducta para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa el sujeto. Esto es, no se requiere que la acción determine un peligro efectivo pero sí que se pueda originar un estado que suponga la probabilidad de un daño o lesión⁴⁴. Si se llegare a

44 Son, por tanto, dos los juicios que se deben hacer: uno ex ante debiendo analizar si la conducta del sujeto es apta para producir un peligro para el bien jurídico, y uno ex post sobre la posibilidad del resultado de peligro en la situación concreta. Esto es, tratándose de una conducta falsaria, en primer lugar será necesario valorar la idoneidad de inducir a error de manera que pueda poner en peligro el patrimonio de la Administración pública de la que dependa el sujeto activo, para lo cual parece indispensable que los documentos o datos falsos salgan al tráfico jurídico. Ex post, al igual que para el art. 290 CP, se tendrá en que valorar cuándo la superación del riesgo permitido no repercute en el resultado, por lo que no se le podrá imputar al

producir el perjuicio económico, estaríamos ante el delito de resultado previsto en el apartado 3º de este artículo 433 bis castigado con una pena superior. Obviamente, debe probarse la relación entre la falsedad documental o la facilitación de la información falsa y el perjuicio causado. En todo caso, el perjuicio económico debe conllevar un detrimento patrimonial para la entidad (tanto disminución como un no incremento al que se tiene derecho) y no es necesario que tal detrimento vaya acompañado de un enriquecimiento ilícito para el sujeto activo o para un tercero.

En definitiva, realmente estamos ante un delito de falsedad que nada tiene que ver con los delitos de malversación. Es más bien un delito de falsedades contables en el ámbito público (una réplica del delito societario de falsedades contables del art. 290 CP). En consecuencia, aunque este delito nació con la vocación de tomar medidas contra el despilfarro o la mala gestión del dinero público (ejecutar gastos sin crédito, superar el importe de lo presupuestado, etc.), al final sólo se limita a proteger la autenticidad de la documentación contable y financiera para evitarle un perjuicio económico a la entidad pública correspondiente. Se trata, en consecuencia, de un precepto innecesario porque al final no colma laguna alguna, dado que en su lugar se podría acudir sin problemas a la falsedad ideológica del art. 390.4 CP. Un claro ejemplo de Derecho penal simbólico. Una ley reactiva en la que se predomina el objetivo de demostrar la rapidez del legislador ante la aparición de problemas nuevos o problemas irresueltos, intentando generar confianza en la sociedad y, al mismo tiempo, buscar dar respuesta a las preocupaciones de los ciudadanos en este momento de crisis económica. Una norma “aparente” que difícilmente se podrá aplicar dada la defectuosa técnica legislativa empleada⁴⁵.

autor la conducta y cuándo por el contrario sí. Vid., en FRANCÉS LECUMBERRI, P., “El nuevo art. 433 bis. un ejemplo de derecho penal simbólico. Dudas y claves para su interpretación a la luz del art. 290 CP”, en PÉREZ ÁLVAREZ, P., (ed.), *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Memorias III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 580.

45 FRANCÉS LECUMBERRI, P., “El nuevo art. 433 bis. un ejemplo de derecho penal simbólico. Dudas y claves para su interpretación a la luz del art. 290 CP”, op. cit., p. 582.

La necesidad de un más adecuado deslinde de las responsabilidades administrativas y las penales: el Derecho penal como ultima ratio y el valor preventivo del Derecho administrativo.

Hubo un tiempo en el que el Ordenamiento fiaba casi en exclusiva a los secretarios, tesoreros e interventores de Administración local las tareas preventivas de respeto de la legalidad y control financiero. Todavía se reconoce el protagonismo de estos cuerpos en tales funciones, pero no debería asociarse cualquier fallo en la realización de sus objetivos con una responsabilidad del Secretario o del Interventor. La complejidad de nuestras organizaciones administrativas ha crecido exponencialmente en las últimas décadas, de modo que quién y por qué decide son cuestiones de respuesta cada vez más difícil, preguntas cuya contestación requeriría analizar numerosas variables, procedimientos enrevesados (como los urbanísticos) y tejidos de intereses públicos y privados en los que a menudo no todo es lo que parece, ni los poderes formales terminan siendo los que ordenan.

En este escenario, resulta imprescindible reforzar con claridad las funciones de secretarios e interventores. Sin tal clarificación de su estatuto y refuerzo de su posición institucional, no será de recibo la exigencia de responsabilidades administrativas y penales por las ilegalidades que pudieran cometerse tras la tramitación de los procedimientos en los que participan. Algunos pasos positivos se han dado en este sentido, en particular para los interventores (el informe de resolución de discrepancias de la nueva redacción del 218 de la Ley de Bases), pero está aún por despejar la posición de los secretarios en sus deberes de “asesoramiento legal preceptivo” en conexión con la misión institucional clásica de protección de la legalidad.

Nos declaramos partidarios del reconocimiento explícito de tales funciones a los secretarios e interventores, pero sólo en un contexto en el que los presupuestos de sus responsabilidades se encuentren perfectamente definidos. La situación actual, en la que secretarios e interventores tienen que sufrir situaciones de imputación penal por la inadecuada comprensión de sus papeles, resulta rechazable. Y

no se justifica con el único argumento de la reacción social ante los excesos, que orienta a los jueces, ni por la incapacidad relativa o lentitud del Derecho administrativo para contestar a las demandas sociales de responsables.

No debemos olvidar que el Derecho penal se fundamenta en el principio de intervención mínima o *ultima ratio*, por lo que sólo será de aplicación en casos y supuestos en los que se integren plenamente los elementos objetivos y subjetivos del injusto; o lo que es lo mismo, conductas clara y ostensiblemente graves. De otro modo, si a cualquier tipo de acción desarrollada dentro de la Administración o por sus agentes se le realiza apriorísticamente un reproche penal, automatizando la aplicación del Derecho penal, además de conculcar el principio de intervención mínima, se estará produciendo una “administrativización” del Derecho penal y un abandono de las normas precisas que rigen la actividad de los entes públicos: el Derecho administrativo general y, en su caso, sancionador. Una praxis, además, viciada en su base, si partimos de que la Administración se guía por la objetividad (art. 103 CE), por lo que el automatismo de la aplicación del Derecho penal respecto de la Administración supone quebrantar el principio de objetividad que es esencial a ella y determina presumir, desde el principio, que la Administración pública actúa con dolo o negligencia, lo que es contrario a Derecho.

Ciertamente, la gestión pública deficiente por parte de los funcionarios puede tener reflejo en tipos penales como el cohecho, la malversación, la falsedad documental o la prevaricación, sin embargo, debemos puntualizar que el CP no es, ni debe ser o convertirse, en un exhaustivo reglamento (administrativo) de conductas sancionables (o punibles)⁴⁶. En base a todo esto, quien ejercita una acción penal frente a la Administración debe acreditar, con carácter prioritario, la subjetividad dolosa o culposa. Por ello, no debe ser la regla general la apertura de causas penales directas frente a la Administración, o frente a sus funcionarios, si antes no se han hecho valer los cauces administrativos específicamente

previstos para ello. Esto es, no es posible anular o prescindir de la función de control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Una ilegalidad administrativa no es per se una acción típica, antijurídica y culpable. La nulidad del acto administrativo no es delito, es por tanto necesario trascender la norma administrativa para poder considerar la concurrencia de un delito. De hecho, la presencia de una duda razonable sobre la ilegalidad del acto administrativo hace desvanecer la idea del hecho delictivo, pues la ilegalidad ha de ser manifiesta y clara (STS 155/1997, 7 de febrero).

Y en todo este panorama los informes del Secretario e Interventor juegan un papel crucial con gran valor probatorio (STS 729/2014, 24 de noviembre), porque una de las últimas trincheras de la legalidad municipal, sin duda radica en la incorporación al procedimiento de los informes de los habilitados cuando resulta preceptivo. Informes a los que la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁴⁷ ha dado el valor que se merecen, buscando así eludir la práctica del “puenteo” de la autoridad que, bajo excusas de urgencia y celeridad, o simplemente buscando soslayar informes jurídicos sonrojantes para cualquiera con un poco de vergüenza, se apoyan en informes de otros funcionarios o de costosas consultoras externas. Informes “ajenos” que, al final, sí podrán forjar criterio, pero nunca sortear los de los órganos llamados por ley a asistir jurídicamente, evitando con ello perjuicios aún mayores para los intereses públicos.

46 GARCÍA PAZ, D., - JIMÉNEZ VACAS, J.J., “Sobre el delito de prevaricación administrativa en el CP español”, op. cit., p. 4.

47 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León de 23 de julio de 2010 (rec. 2992/2008).