
Corrupción y Administración local: novedades legislativas, doctrinales y jurisprudenciales en 2024

Ana Belén VALVERDE-CANO
Investigadora Ramón y Cajal en el Área de Derecho Penal
Universidad Complutense 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 Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. 1.2.2. 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.—2. NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA: 2.1. Delitos de prevaricación administrativa: 2.1.1. Jurisprudencia constitucional sobre la incardinación de los actos prelegislativos y las modificaciones presupuestarias en el concepto de «acto administrativo». 2.1.2. Sobre el concepto de «asunto administrativo» en el delito de prevaricación. 2.1.3. La diferencia entre el ilícito administrativo y el injusto penal: arbitrariedad y elemento subjetivo. 2.1.4. Unidad de acción y continuidad delictiva en el delito de prevaricación. 2.1.5. ¿Prevaricación omisiva en la gestión de la DANA de Valencia? 2.1.6. Novedades doctrinales. 2.2. Delitos de cohecho: 2.2.1. Sobre la relación entre la dádiva y la realización de un acto o función pública. 2.2.2. Sobre la relación entre el delito de fraude y el delito de cohecho. 2.2.3. Novedades doctrinales. 2.3. Delitos de malversación: 2.3.1. Concepto penal de patrimonio público: la consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2024, de 16 de mayo. 2.3.2. Sobre la interpretación del concepto «apropiación con ánimo de lucro» del delito de malversación. 2.3.3. Novedades doctrinales.

1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1. Modificaciones al Código Penal

En 2024 el Código Penal solo ha sido objeto de una importante reforma, mediante la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, comentada por J. LEÓN ALAPONT, «La amnistía como (nueva) causa de extinción de la responsabilidad penal: aspectos problemáticos de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio», *Revista Penal*, núm. 55, 2025, pp. 155-180. Se modifica el apartado 1 del art. 130 CP sobre las formas de extinción de responsabilidad penal. Ahora queda redactado con el siguiente tenor:

- «1. La responsabilidad criminal se extingue:
 - 1.º Por la muerte del reo.
 - 2.º Por el cumplimiento de la condena.
 - 3.º Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 87.
 - 4.º Por la *amnistía* o el indulto.
 - 5.º Por el perdón de la persona ofendida, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto la autoridad judicial sentenciadora deberá oír a la persona ofendida por el delito antes de dictarla. En los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal.
 - 6.º Por la prescripción del delito.
 - 7.º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad».

Esta ley orgánica, que ha sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad formulada por el TS en el *Auto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, de 24 de julio de 2024*, establece un determinado marco material y objetivo donde se amnistían los actos que encajen en el listado enunciado en el art. 1, siempre que «hubieren sido realizados entre los días 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023», si fueron ejecutados en el contexto del proceso independentista catalán. Quedan comprendidos expresamente los actos tipificados como delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación, los actos de desobediencia o resistencia, 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. 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); los actos tipificados como tortura o tratos inhumanos o degradantes; o los que, por su finalidad, pudieran ser calificados como terrorismo.

También, en relación con las conductas amnistiadas de malversación, se excluyen del ámbito de aplicación de la ley aquellas en las que se constate «propósito de enriquecimiento» o cuando se haya «tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial»¹. En esta cláusula se basa el TS, en el *ATS 11629/2024, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:11629A)*, para excluir la aplicación de la Ley de Amnistía en relación con algunos exdirigentes. Para darle un espacio a la aplicación de esta cláusula², el Auto explica que la determinación de lo que debe entenderse por «enriquecimiento personal de carácter patrimonial» no puede prescindir del concepto jurídico-económico de patrimonio, que abarca no solo el activo —bienes y derechos susceptibles de estimación pecuniaria—, sino también el pasivo —las deudas y obligaciones contraídas—. De acuerdo con esta interpretación, «el consejero de una comunidad autónoma que, fuera de sus competencias gubernativas y sin ni siquiera posibilidad potencial de haber incluido estos gastos en partida presupuestaria alguna de esa comunidad, contrata la impresión y difusión de anuncios, la compra de carteles, la distribución de sobres, la estancia de observadores internacionales y lo hace para un fin —como es su particular proyecto político que, además, es ilícito al estar expresamente prohibido por el TC— contrae la obligación de su abono y consecuentemente su patrimonio personal, correlativamente decrece con la obligación asumida por ese importe. Si a continuación lo abona con fondos públicos y transfiere la carga a la comunidad autónoma, su patrimonio personal (activo-pasivo) se incrementa en los importes que se comprometió a abonar y se enriquece personalmente en esas cifras».

Es importante tener en cuenta, no obstante, que se trata de una interpretación que afecta exclusivamente a la ley y no al Código Penal. El TS realiza una interpretación de estos preceptos para asegurar un espacio de aplicación a tales exclusiones *en el contexto de la Ley de Amnistía*, pero aclara que esta interpretación no irradia efectos a los delitos de malversación, que no contienen cláusulas de exclusión semejantes.

¹ Se incluyen las conductas de malversación «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 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».

² «Entre los arts. 1 y 2 de la Ley de Amnistía se desliza una contradicción en sus propios términos que dificulta sobremanera su combinada interpretación. De una parte, se perdona la dilapidación de fondos destinados a la organización de las consultas que tuvieron por objeto facilitar el proceso de emancipación de Cataluña; pero, al mismo tiempo, se excluyen de la amnistía los gastos que hayan implicado un enriquecimiento personal de carácter patrimonial de sus promotores, aun cuando se hayan realizado con la declarada finalidad de contribuir a la independencia nacional. Salvar esta contradicción solo puede lograrse a partir de una interpretación de lo que por enriquecimiento personal deba entenderse».

1.2. Otras normas con relevancia penal

1.2.1. *Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.*

Aunque no ha entrado en vigor en el momento en que se escriben estas líneas, se trata de una norma que tendrá un extraordinario impacto en el proceso penal (y, en alguna medida, también en la aplicación de las normas penales). A continuación, se detallan algunas de las principales que pueden tener alguna incidencia los procedimientos de delitos relacionados con la Administración local:

— Creación de los Tribunales de Instancia

Se establece un nuevo modelo organizativo que sustituye a los tradicionales juzgados unipersonales (de primera instancia y de instrucción) por tribunales colegiados, que contarán con el apoyo de unas Oficinas judiciales con servicios comunes. La nueva redacción del art. 84 de la *Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, somete en su apartado 4 a las diferentes Secciones que integren los Tribunales de Instancia a un principio de adscripción funcional; no obstante, pueden asignarse asuntos a otras secciones *siempre que se trate de asuntos del mismo orden jurisdiccional*.

— Conformidad

Se fomenta la posibilidad de dictar sentencia de conformidad en la audiencia preliminar cuando el acusado, asesorado por su defensa, acepte los hechos y la calificación jurídica propuesta por la acusación. El juez o tribunal deberá verificar que la conformidad se ha prestado libremente y con conocimiento de sus consecuencias. Frente a la anterior versión del art. 655 LECrim, en la que la conformidad solamente era factible respecto de algunas penas —aquellas de carácter correccional—, el nuevo art. 655 LECrim pierde cualquier referente penológico. Esto comporta que la conformidad pase a ser una posibilidad con independencia del delito o de la pena solicitada.

— Audiencia Preliminar

Se introduce una audiencia preliminar en el proceso penal, regulada en el art. 785 LECrim. Esta audiencia tiene como objetivo abordar, de manera previa a la celebración del Juicio oral (y con carácter desligado de su celebración), cuestiones como la posibilidad de conformidad del acusado, la competencia del órgano judicial, la vulneración de derechos fundamentales, la existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, nulidad de actuaciones y aspectos relacionados con las pruebas propuestas. En ese trámite pueden, igualmente, «proponer la incorporación de informes, certificaciones y otros documentos» y «la práctica de pruebas de las que las partes no hubieran tenido conocimiento en el momento de formular sus escritos de acusación o defensa».

— Ejecución penal

Se introduce un nuevo art. 988 bis LECrim en el que se sistematiza legalmente la fase de ejecución penal. Como venía señalando la doctrina, tradicionalmente, la ejecución de las penas se desarrollaba de forma fragmentada. Los trámites que conformaban dicha fase, como la suspensión de la pena privativa de libertad o la sustitución de penas, se resolvían en momentos distintos. El nuevo precepto persigue poner fin a esta dispersión de trámites y resoluciones, y establece la concentración de todas las peticiones y decisiones fundamentales relativas a la ejecución en un único e inicial acto procesal.

— Justicia restaurativa y mediación penal

Se introduce una nueva disposición adicional novena que fortalece la justicia restaurativa, un modelo que propone alternativas al proceso penal convencional centrado en la reparación del daño y el diálogo entre víctima e infractor. La norma otorga al órgano judicial la posibilidad de remitir a las partes a un procedimiento restaurativo, salvo en aquellos casos expresamente excluidos por la ley —como los delitos de violencia de género—. Para ello, deberá evaluar las circunstancias del hecho, así como la situación del investigado (o acusado o condenado) y de la víctima o perjudicado. En ausencia de una exclusión legal explícita, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de violencia de género, es jurídicamente posible aplicar procedimientos de justicia restaurativa en casos de corrupción, siempre que se cumplan los principios y requisitos establecidos en la ley, en el mismo sentido al sugerido por P. FRANCÉS LECUMBERRI en «La justicia restaurativa en el anteproyecto de reforma de Ley de Enjuiciamiento Criminal ¿Un veto para intervenir en delitos de corrupción desde otro paradigma?», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 45, 2024, pp. 1-25.

Por el enorme calado de la reforma, se han publicado en los últimos meses numerosos análisis doctrinales, que se unen a los que en otros años se emitieron sobre el Anteproyecto. Entre ellos, cabe destacar el monográfico núm. 172, de febrero de 2025, de *La Ley Penal* («Aspectos penales de la Ley de Eficiencia»), donde intervienen autores como E. MESTRE DELGADO, V. MAGRO SERVET, L. ENRIQUE GRANADOS y N. CÁNOVAS FERNÁNDEZ. También resultan útiles los trabajos de J. L. RODRÍGUEZ LAINZ, «El desacertado impacto de la Ley Orgánica de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia en el Proceso Penal», *Diario La Ley*, núm. 10665, 15 de febrero de 2025; A. E. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «La reforma del procedimiento de ejecución penal por la Ley de Eficiencia, LO 1/2025, de 2 de enero: cuestiones resueltas y cuestiones pendientes», *Diario La Ley*, núm. 10666, 17 de febrero de 2025; y el de V. MAGRO SERVET, «Apuntes sobre la resolución de la prueba ilícita en la LECRIM tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas de eficiencia», *Diario La Ley*, núm. 10649, 22 de enero de 2025. También es fundamental la obra, que ahora se encuentra en prensa, de J. BANACLOCHE PALAO y F. GASCÓN INCHAUSTI (dirs.), *La justicia en España tras la Ley Orgánica de eficiencia: nuevos tribunales, medios adecuados de solución de controversias y reformas procesales*, La Ley, Madrid, 2025.

1.2.2. *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*

Con lo que se conoce como «Ley del Informante» se pretende reforzar la persecución de las infracciones graves del Derecho nacional o de la Unión Europea, así como la protección de aquellos que emplean los canales de denuncia. El alcance de la norma no se limita al ámbito privado: cualquier entidad (también del sector público) debe incluir unos cauces de denuncia en los términos previstos en la ley³. Únicamente se excluye de la protección aquellas denuncias relativas a la «tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado». 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—. 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)⁴. 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).

En otras ediciones de este informe (2022 y 2023) me he referido al alcance de la regulación específicamente para el sector público, por lo que a ellas me remito⁵. Baste indi-

³ 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». Además, 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 a establecer 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 (art. 12).

⁴ 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».

⁵ Brevemente, puede indicarse que, 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,

car, como novedad, que el 29 de octubre de 2024 se aprobó el Real Decreto 1101/2024, por el que se aprueba el Estatuto de la Autoridad Independiente de Protección del Informante. Con ello se colma la laguna que venía señalando la doctrina desde la aprobación de la *Ley 2/2023 de protección del informante*. De entre las numerosas y excelentes contribuciones académicas cabe destacar la monografía de I. LLEDÓ BENITO, *Estudio crítico a la Ley 2/2023 de 20 de febrero, análisis de la figura del Whistleblower y la lucha contra la corrupción (consideraciones notables con relación al Derecho Penal)*, Dykinson, Madrid, 2024; el libro colectivo dirigido por J. LEÓN ALAPONT, *Canales de denuncia en el sector público y privado. Whistleblowing y protección del informante (aspectos penales y procesales)*, Colex, Granada, 2025. Esta obra colectiva contiene contribuciones sobre los aspectos procesales de la ley (A. ANDREU GUTIÉRREZ, «Evidencias recabadas a través del canal de denuncias: admisibilidad y validez en el proceso penal», pp. 17-42; J. GIMENO BEVIÁ, «Aspectos procesales controvertidos de la Ley 2/2023 de protección al informante y del RD 1101/2024 del Estatuto de la autoridad independiente», pp. 95-119; J. C. ORTIZ PRADILLO, «Whistleblowing, *notitia criminis* y derecho procesal premial», pp. 261-303; y M. A. VALLS GENOVAR, «Implementación del sistema interno de información: aspectos prácticos de los canales de información», pp. 305-327); y también interesantes aportaciones para el ámbito penal (A. GÁLVEZ JIMÉNEZ, «Criterios de interpretación del art. 31 bis 4.º CP : 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», pp. 43-71; B. GARCÍA MORENO, «Informaciones falsas: concepto y tratamiento en el ordenamiento jurídico español», pp. 73-94; D. GONZÁLEZ LÓPEZ, «La directiva (UE) 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión: ¿qué obligaciones impone a los estados miembros?», pp. 121-153; L. JERICÓ OJER, «La protección de la mujer *whistleblower*: una ausencia (la de la perspectiva de género) y otras disfunciones en la Ley de protección a las personas alertadoras y de lucha contra la corrupción», pp. 155-190; J. LEÓN ALAPONT, «La Autoridad independiente de protección del informante: procedimiento de denuncia, medidas de protección y sanciones», pp. 191-223; L. MENÉNDEZ CONCA, «La importancia del canal de denuncias en el Criminal Compliance: elemento necesario para lograr la exención de responsabilidad “penal” en que pueden incurrir las personas jurídicas por los delitos cometidos en su seno», pp. 225-260). Por la relevancia para el sector público, cabe mencionar adicionalmente la monografía dirigida por C. AYMERICH CANO y M. PARAJÓ CALVO, *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público*, La Ley, Madrid, 2023.

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). Como indica el art. 15, las entidades públicas pueden externalizar la gestión de este sistema interno, pero solo 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.

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 y 329 CP), o afectan a ciertas 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 del art. 404 CP se configura como un delito residual que se aplica ante la ausencia de uno cuyo ámbito de aplicación sea más específico. Esta relación de parentesco o especialidad permite que se pueda aplicar la jurisprudencia sobre los delitos de prevaricación administración a los regímenes especiales y que no infrinja el principio acusatorio la condena por el delito de prevaricación general, aunque no se hubiera incluido en el escrito de acusación.

La jurisprudencia es pacífica en cuanto a los elementos básicos del delito de prevaricación. «El tipo penal precisa, no solo que el sujeto activo del delito de prevaricación administrativa tenga la consideración de autoridad o de funcionario público, sino que: *a*) adopte una decisión en asunto que le esté encomendado en consideración a su cargo, único supuesto en el que pueden dictarse resoluciones o decisiones de orden administrativo; *b*) que la resolución sea arbitraria, en el sentido de contradictoria con el derecho; lo que puede manifestarse no solo por la omisión de trámites esenciales del procedimiento, sino también por la falta de competencia para resolver o decidir una cuestión concreta o, también, por el propio contenido sustancial de la resolución, esto es, que la decisión no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, y *c*) que se dicte a sabiendas de esa injusticia o, lo que es lo mismo, que se haya dictado con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con conocimiento de actuar contra los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver tal cuestión». *Vid.*, por ejemplo, la *STS 96/2025, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:373)*. A continuación, vamos a examinar algunos de los problemas que se han planteado en el último año.

2.1.1. *Jurisprudencia constitucional sobre la incardinación de los actos prelegislativos y las modificaciones presupuestarias en el concepto de «acto administrativo»*

Sobre esta cuestión se pronuncia la importante *STC 98/2024, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2024:93)*, que da respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por algunos de los antiguos dirigentes y responsables administrativos de la Junta de Andalucía a la *STS 749/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258)*, sobre el «caso de los ERE de Andalucía». En este caso, recordemos, se enjuician a los principales responsables políticos y administrativos que intervinieron en la gestión, concesión y pago

de determinadas subvenciones que se concedieron al margen del control administrativo. Tal y como relatan los antecedentes de hecho en la sentencia del TS, se concedieron y pagaron una serie de ayudas sociolaborales con cargo a partidas presupuestarias no reguladas (transferencias de financiación al IFA) con la finalidad eludir el control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía y la restante normativa de subvenciones para agilizar el procedimiento de concesión. En la sentencia se da por probado que los responsables eran conscientes de la necesidad de regular el marco jurídico de las ayudas, como evidencian algunas iniciativas que se presentaron pero que finalmente no fueron aprobadas.

El TC, sin embargo, concede parcialmente el amparo a los recurrentes. En concreto, concluye que se realizó una interpretación analógica contra reo de los elementos típicos del delito de prevaricación —los elementos «resolución» y «arbitrariedad»—, al subsumir los actos de carácter prelegislativo y las modificaciones presupuestarias⁶ en el concepto de «acto administrativo» del art. 404 CP. El TS había determinado que la elaboración de un anteproyecto de ley y su aprobación como proyecto podían ser calificados como resolución en asunto administrativo, al ser «actos prelegislativos». La argumentación es la siguiente: a diferencia de la decisión de elevar un proyecto de ley o del contenido de un proyecto normativo, que son actos de gobierno inmunes al control jurisdiccional, los actos prelegislativos tienen un *contenido obligatorio dispuesto en la ley*. Son resoluciones que no se rigen por los principios de oportunidad y discrecionalidad, sino que se adoptan en un procedimiento reglado y deben ser respetuosas con las normas que regulan su producción. Son, por tanto, susceptibles de ser emitidas de manera arbitraria (FJ 20.3). De la misma manera, las modificaciones presupuestarias estaban sometidas a un procedimiento de elaboración reglado, regido por Derecho administrativo y ajeno a los criterios de discrecionalidad propios de toda decisión política. Como forma de recapitulación, el TS concluye «que el concepto de resolución al que alude el art. 404 CP no se reduce a la decisión que pone fin a un procedimiento administrativo, sino que puede extenderse a actuaciones posteriores que ejecutan la resolución y actuaciones anteriores de relevancia que hayan sido imprescindibles para adoptar la resolución final quebrantando los controles establecidos en la ley» (FJ 22; y, en sentido parecido, FJ 27).

Al TC no le convence esta interpretación. Sostiene que no cabe que las decisiones adoptadas en el procedimiento de elaboración del proyecto de ley de presupuestos sean calificadas como «resoluciones» recaídas en «asunto administrativo» porque el ejercicio de la iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno o a los gobiernos autonómicos no genera actos que formen parte de un procedimiento administrativo, incluso aunque tales actuaciones se integren en una suerte de procedimiento o *iter* reglado de actuaciones («La circunstancia de que existan normas que disciplinen cómo han de elaborarse

⁶ En concreto, la demandante de amparo, en su condición de consejera de Hacienda, fue condenada por la comisión de un delito continuado de prevaricación por elaborar los anteproyectos de ley de presupuestos, por aprobarlos como proyectos de ley en el Consejo de Gobierno y por la realización de modificaciones presupuestarias.

los anteproyectos de ley y su aprobación como proyectos de ley no los convierte en actos reglados»). Incluso aunque la jurisdicción penal pueda apartarse en ocasiones de la interpretación imperante en otros ámbitos, como el administrativo —como sucede, por ejemplo, con el concepto de funcionario público—, debe mantenerse cierto grado de coherencia en el ordenamiento jurídico⁷. Se trata, en definitiva, de una interpretación imprevisible y analógica *in malam partem* proscrita *ex art.* 25.1 CE.

Es interesante tener en cuenta los Votos Particulares de esta Sentencia, que respaldan la interpretación del TS y consideran que los actos prelegislativos y las modificaciones presupuestarias son susceptibles de control penal. En primer lugar, el Voto formulado por los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla y doña Concepción Espejel Jorquera, sostienen que «[n]o es en el ámbito de la inconstitucionalidad de leyes de presupuestos donde se mueven las sentencias impugnadas, sino en el de la creación de un marco jurídico aparentemente neutro a cuyo amparo pudiera actuarse disponiendo de ingentes cantidades de dinero sin control efectivo alguno». Se apoyan en doctrina constitucional que considera la actividad prelegislativa propia del procedimiento administrativo, aunque sobre ella el legislador estatal no pueda intervenir por la vía del art. 149.1.18 CE. Por otro lado, el Voto formulado por don César Tolosa Tribiño coincide en lo esencial con estos razonamientos, incidiendo en la diferente naturaleza del proceso prelegislativo y legislativo atendiendo a las diferentes normas que lo regulan y al momento en el que las normas constitucionales o el Estatuto de Autonomía de Andalucía fijan el inicio del procedimiento legislativo. Cita doctrina constitucional que respalda esta interpretación⁸, enfatizando que no debería ser posible escudarse en la inmunidad parlamentaria para incumplir de forma flagrante y palmaria el procedimiento legalmente establecido en la elaboración del proyecto de

⁷ «En efecto, afirmar, como hace la Sala de lo Penal, que “cuando se trata de determinar qué deb[e] entenderse por asunto administrativo a efectos penales” ha de adoptarse un enfoque distinto del seguido por la jurisprudencia contencioso-administrativa y la constitucional y considerar —apartándose de la jurisprudencia del TC y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo— que la elaboración de un anteproyecto de ley y su aprobación como proyecto constituye una “resolución” recaída “en un asunto administrativo” porque de otro modo las reglas de la elaboración del proyecto de ley o de una norma con fuerza de ley podrían ser desconocidas sin consecuencias, supone atribuir carácter penal a hechos a los que la ley penal no ha atribuido esta naturaleza. Por otra parte, la interpretación que ha efectuado el TS de los elementos típicos del delito de prevaricación “resolución” y “asunto administrativo” no se compadece, como se acaba de indicar, con la naturaleza que a este tipo de actuaciones le atribuyen los tribunales citados, que son a los que por el objeto de su jurisdicción les corresponde, en principio, determinar el sentido de tales conceptos, ni con el sentido que les atribuye la normativa administrativa ni, como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal, con la interpretación que hasta ese momento había efectuado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de los elementos típicos del delito de prevaricación» (FJ 4.º4.1).

⁸ «En la STS 259/2015, de 30 de abril, dijimos, con cita de otros precedentes (STS 941/2009, de 29 de septiembre) que por “asunto administrativo” no han de entenderse los “asuntos regidos por el Derecho administrativo”, sino “todos los actos y decisiones realizados por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con exclusión de los actos propiamente jurisdiccionales o legislativos” y entendemos que los procedimientos reglados que culminan en la decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno no son actos propiamente legislativos, sino actos de gobierno que, por ser reglados, pueden ser el contexto objetivo para la comisión de un delito de prevaricación».

ley para perseguir fines ilícitos. Esto, concluye, posibilitaría un espacio de inmunidad difícilmente justificable.

Esta resolución ha merecido un incisivo comentario de L. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Hacia la vigencia plena de la legalidad penal? Luz y sobras de las SSTC sobre los ERE andaluces», *Diario La Ley*, núm. 10597, 2024.

2.1.2. Sobre el concepto de «asunto administrativo» en el delito de prevaricación

Sobre esta cuestión se pronuncia la *STS 769/2024, de 6 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4450)*. Se enjuicia un supuesto de gestión irregular de la entidad pública andaluza INVERCARIA, dedicada a la promoción de capital riesgo. El principal acusado, Emiliano, ejerció como presidente y consejero delegado, y Eduardo como responsable económico-financiero *de facto*. Ambos, actuando de forma concertada y sin control externo, decidieron contratar a personal y fijar sus sueldos e incrementos salariales sin ajustarse a la legalidad presupuestaria autonómica, lo que dio lugar a retribuciones excesivas financiadas con fondos públicos. Entre otras irregularidades, incrementaron sus propias retribuciones y las de otros trabajadores de manera arbitraria, sin justificación ni autorización legal. Además, aplicaron de forma discrecional beneficios como préstamos personales sin intereses y ayudas para seguros de vehículos, y realizaron liquidaciones pactadas en ceses laborales que implicaban el perdón de deudas o pagos que excedían lo razonable. Estas actuaciones se realizaron al margen de cualquier control o procedimiento administrativo.

La Audiencia Provincial absolvió a Emiliano del delito de prevaricación al entender que no se ha dictado una resolución en un asunto administrativo, que solo es predicable de las actuaciones que, o bien supongan la ejecución de una encomienda de gestión, o bien cuando por aplicación de una norma expresa quede sometida a principios o procedimientos propios de la Administración. Considera que es difícil predicar esa condición en el ámbito estrictamente laboral, bajo cuyo ordenamiento se produjeron las contrataciones y se decidieron los incrementos salariales. La Sentencia del TS, sin embargo, estima el recurso y califica dichas conductas de prevaricación al entender que se ha producido un error de subsunción que no afecta al sustrato fáctico. Recuerda que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Basándose en la inescindible relación entre el concepto de funcionario público *ex art. 404 CP* y la consideración de lo que daba entenderse como asunto administrativo, concluye que el hecho de ser INVERCARIA una entidad sujeta al régimen público tiene implicaciones en el procedimiento que ha de seguirse para la contratación laboral, que está sujeta al escrutinio público. Tampoco hay un problema de *bis in idem* (que menciona la Sentencia de instancia) porque el delito de malversación no agota la antijuridicidad del compor-

tamiento desplegado. Dice, citando jurisprudencia anterior, que «[c]uando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos se detecta un plus de antijuridicidad: A la acción afectante del patrimonio público, se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones administrativas. Malversar confiando al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación (*vid.* SSTs 149/2015, de 11 de marzo y 394/2014, de 7 de mayo)».

También relacionado con la interpretación de «acto administrativo» a efectos penales, en la STS 884/2024, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2024:5224), se discute si la manipulación de unos presupuestos para su correcta tramitación puede encajar en el concepto de resolución administrativa. En este caso, el funcionario técnico del Área de Atención Urbana del Ayuntamiento de Alicante se concertó con Virgilio, arquitecto técnico de BECSA, para que este elaborara y convirtiera a formato PDF los proyectos de diversas obras públicas. Los metadatos de los documentos demostraron que la conversión se realizó en el ordenador de Virgilio, lo que le permitió disponer de información privilegiada antes de la publicación oficial de los proyectos, favoreciendo así la posición de ventaja de BECSA y, en consecuencia, la adjudicación de contratos en perjuicio de los principios de libre concurrencia, igualdad y transparencia en la contratación pública.

El TS confirma la condena de Luis Andrés y a Virgilio como inductores del delito de prevaricación administrativa, considerando que su actuación coordinada manipuló el procedimiento licitatorio para obtener beneficios indebidos. La manipulación que se materializa en el preludio de la resolución constituye base suficiente para considerar que es arbitraria —por ser arbitrario el procedimiento seguido—. Recuerda que «la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho [...] Dicho de otra manera, podrá incidir, o no, en la concreción del resultado pretendido, como es que la adjudicación la gane aquel para quien se buscaba adaptar el expediente, pero lo que sí se habrá logrado es la manipulación del propio expediente para que se tramite con el resultado que se buscaba, que es donde se encuentra el acto prevaricador». Esto es, con independencia de la constatación de datos objetivos que sugirieran que la empresa podría haber sido considerada la mejor candidata en cualquier caso —haciendo una abstracción hipotética—, lo que importa a efectos de calificar el acto como prevaricador es la maquinación, el «envenenamiento» del procedimiento, que impide que pueda emitirse una resolución no arbitraria.

2.1.3. *La diferencia entre el ilícito administrativo y el injusto penal: arbitrariedad y elemento subjetivo*

La STS 105/2025, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:580) se pronuncia sobre la relación entre el ilícito penal y el administrativo. En este caso, se condena a la directora

de la *Institució de les Lletres Catalanes (ILC)* por adjudicar directamente, sin concurso público ni procedimiento legal, un contrato para desarrollar un portal web, omitiendo deliberadamente los principios de transparencia, concurrencia y publicidad. A sabiendas de la ilegalidad de su actuación, aprobó gastos sin cumplir los requisitos administrativos e intentó encubrir la irregularidad mediante documentación manipulada, lo que también llevó a su condena por falsedad documental. La sentencia parte de que no toda infracción administrativa constituye un delito. Para que un acto administrativo sea sancionado penalmente como prevaricación, debe alcanzar un grado de arbitrariedad manifiesta e «insufrible» para el ordenamiento jurídico. Lo decisivo, por tanto, es el grado de *arbitrariedad*. No basta con que la resolución sea jurídicamente incorrecta, sino que, además, debe ser palmaria, patente o evidentemente insostenible desde cualquier método aceptable de interpretación de la ley. «En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo» (FJ 7.º).

La falta de un resultado materialmente injusto es lo que lleva al TS a absolver en la *STS 96/2025, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:373)*. Trata de un caso relacionado con la adjudicación y financiación de obras en un campo de fútbol. Se detectó que, tras la concesión de una subvención de la Diputación Provincial de Pontevedra para dichas obras, la empresa adjudicataria ejecutó trabajos adicionales no contemplados en el proyecto inicial, aunque no se determina la razón de estas obras extra. Como la normativa impedía aumentar la subvención, los acusados idearon un sistema para encubrir el pago mediante la concesión de una nueva subvención bajo el pretexto de mejoras en vestuarios y graderío, adjudicando el contrato a la misma empresa mediante un procedimiento negociado sin publicidad. Se demostró que las empresas invitadas a la licitación actuaron como simples comparsas, garantizando la adjudicación a Eiriña, S. L. La sentencia inicial del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Pontevedra condenó a los acusados por prevaricación y fraude, al considerar probado que se manipuló el proceso administrativo para justificar el pago de trabajos ya realizados.

La Audiencia Provincial había condenado a los acusados al considerar que la adjudicación de la obra a Eiriña, S. L., mediante un procedimiento negociado sin publicidad, vulneró los principios de concurrencia e igualdad en la contratación pública. Sin embargo, el TS concluyó que ni la concesión de la subvención ni la adjudicación del contrato fueron arbitrarias en términos penales. Aunque se detectaron irregularidades administrativas, no se trató de una decisión «injusta y dictada a sabiendas de su injusticia», requisito esencial para la prevaricación. La contratación no fue un acto caprichoso o arbitrario, sino una respuesta a un problema administrativo real. Los trabajos adicionales fueron efectivamente ejecutados, y la empresa constructora tenía derecho a su cobro. Según el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia contencioso-administrativa, cuando una obra se realiza fuera del contrato original, la Administración no puede negarse a

pagarla, ya que esto supondría un enriquecimiento injusto. Además, el importe abonado se ajustó a los precios de mercado, lo que descarta cualquier perjuicio económico para la Administración. En definitiva, el TS concluye que la desviación del procedimiento administrativo no generó un resultado materialmente injusto, lo que impide calificar la conducta como prevaricación. De manera similar, en la *STS 20/2025, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2025:51)*, no considera que los actos de los acusados constituyan un delito de prevaricación administrativa porque esta requiere que se demuestre una intención deliberada de incumplir la legalidad, lo cual no se había evidenciado en este caso, ya que las decisiones administrativas se basaron en interpretaciones normativas que, aunque erróneas, no alcanzan el nivel de arbitrariedad exigido para tipificar el delito de prevaricación según el art. 404 CP.

En la *STS 108/2025, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2025:602)*, también recuerda que el elemento subjetivo «a sabiendas de la ilicitud» es un elemento determinante para diferenciar entre el ilícito administrativo y el penal. Dice la resolución que «[d]ictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, [...] la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido» (FJ 2.º). En esta sentencia se enjuicia el caso de un alcalde que llevó a cabo reiteradas contrataciones de personal sin respetar los principios de publicidad, mérito, capacidad e igualdad, en contra de los informes desfavorables emitidos por la Secretaría Interventora del ayuntamiento. Varios de estos decretos fueron posteriormente anulados por la jurisdicción contencioso-administrativa al haber prescindido de las normas esenciales del procedimiento. No se dan por probados ni el contexto de imprevisibilidad ni la urgente necesidad, el alcalde era plenamente consciente de la falta de cobertura jurídica de los sucesivos decretos que culminaron con los nombramientos. Es importante tener en cuenta que el elemento subjetivo debe probarse y aparecer en el relato de los hechos. Es un aspecto fáctico y no solo normativo, por lo que no puede revisarse en casación salvo en supuestos muy excepcionales, como detalla la *STS 1138/2024, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2024:6200)*.

2.1.4. *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 *STS 1103/2024, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2024:5977)*, una pieza separada del caso de los ERE. El caso versó sobre la gestión irregular del expediente de regulación de empleo en la empresa ACYCO. En 2003, la presidenta del Consejo de Administración, junto con otros altos cargos, impulsaron un ERE para extinguir contratos de 35 trabajadores. Para ello, se tramitó la contratación de pólizas de seguro de rentas (prejubilación) financiadas por fondos públicos de la Junta de Andalucía a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social. Durante el proceso se cometieron diversas irregularidades, entre las que destacan:

— La inclusión en las pólizas de beneficiarios que no tenían relación laboral con ACYCO (por ejemplo, personas fallecidas o ajenas a la plantilla) y la modificación de condiciones, de manera que se abonaron primas y comisiones excesivas, superiores a lo legalmente admisible.

— La utilización de facturas fraudulentas y el pago adelantado de sumas que no estaban justificadas, lo que implicó movimientos indebidos de dinero y la captación de ayudas públicas sin la debida autorización ni control.

— La coordinación entre varios responsables, quienes aprovecharon su posición para obtener beneficios económicos tanto personales como para la empresa, a costa del erario público.

La defensa sostiene que, en realidad, una parte de los hechos de prevaricación y malversación 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; o exigidos por el propio tipo (por ejemplo, en delitos complejos).

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: «[n]os hallamos ante un prolongadísimo lapso temporal, diversidad de pagos y sucesión de resoluciones de distinta naturaleza que son por completo ajenos a la categoría de “unidad natural de acción” y, sin embargo, encajan sin dificultad en la continuidad delictiva. No se aprecia la unidad espacial ni estrechez o inmediatez temporal que permita apreciar, desde un una óptica socio-normativa, un único hecho». A más abundamiento, refuerza su conclusión recurriendo a la necesaria proporcionalidad que debe complementar los juicios sobre unidad y pluralidad de acciones: «Tampoco desde el punto de vista de la proporcionalidad de la respuesta punitiva y la cautela de evitar una exasperación de la respuesta penal se justifica acudir a la “unidad de acción”. Los hechos revisten una indudable gravedad y la consecuencia punitiva de la continuidad no exaspera indebidamente la pena, sino que la acomoda a las circunstancias concurrentes en los hechos».

2.1.5. ¿Prevaricación omisiva en la gestión de la DANA de Valencia?

No puede concluirse este informe sin mencionar las posibles responsabilidades penales a raíz de la gestión de la tragedia de la DANA en la provincia de Valencia el pasado octubre de 2024. En concreto, por prevaricación omisiva. Para responder a esta pregunta son imprescindibles dos documentos: el *ATSJ de la Comunidad Valenciana 97/2024, de 23 de diciembre*; y el texto de V. CARRATALÁ VALERA, «La gestión de la DANA desde la óptica del Derecho penal», *Diario La Ley*, núm. 10669, 20 de febrero de 2025.

El querellante sostiene que el presidente de la Comunidad podría haber incurrido en prevaricación omisiva, por la inacción y falta de diligencia a la hora de adoptar las

medidas de prevención y protección de los ciudadanos, como solicitar la intervención inmediata en la catástrofe del Gobierno (arts. 28 y 29 de la Ley de Protección Civil) o la declaración del estado de alarma ante catástrofes naturales graves. Debe dirimirse, en definitiva, si el presidente tenía competencia en la gestión o si esta correspondía a otro órgano competente (como la Consellería de Justicia de Interior) y si puede detectarse una omisión que se equivalente a una resolución arbitraria expresa (p. ej., no constituir el CECOPI con mayor rapidez o enviar un aviso previo a la población), que son los requisitos jurisprudenciales de la prevaricación omisiva.

La querrela se inadmite por una cuestión competencial: corresponde a los Juzgados de instrucción territoriales investigar los hechos y, si se aprecian indicios concretos contra el aforado, remitir exposición razonada al TSJ. Asumir la competencia sin esa previa investigación supondría invadir funciones que no le corresponden a la Sala, según el art. 313 LECrim. Solo si las querrelas presentadas están individualizadas con suficiente solidez, puede ocuparse del enjuiciamiento el propio TSJ, tal y como prevé de manera excepcional la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se requiere la concreción del *factum* respecto de la persona aforada, siendo insuficiente la mera atribución subjetiva sin datos o circunstancias que corroboren con un mínimo de verosimilitud o solidez la participación de dicha persona en los mismos (FJ 2.º). Esta concreción no se certifica en el presente caso, lo que determina que la Sala no asuma la competencia para el conocimiento de estos hechos, aunque recuerda que esta decisión de inadmisión no cierra la vía de presentar la querrela ante el juez de instrucción: «Procede, por incompetencia de la Sala, inadmitir y archivar las querrelas y denuncias objeto de este pronunciamiento con comunicación a los querellantes y denunciados de la presente resolución a fin de que, si lo estiman oportuno, insten lo necesario en cuanto a la incoación del correspondiente procedimiento preliminar ante el juez de instrucción territorialmente competente».

2.1.6. *Novedades doctrinales*

En este último año caben destacar las siguientes contribuciones sobre el delito de prevaricación: el exhaustivo análisis de R. CRUZ PALMERA, «“Ingeniería jurídica” al descubierto: análisis del delito de nombramiento ilegal. Artículo 405 del código penal español», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 143, 2024, pp. 143-173; A. PELEGRÍN LÓPEZ, «Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y su prevención por parte de la Administración local», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 64, 2024, pp. 317-384, donde trata algunas cuestiones de lo que se conoce como prevaricación ambiental; D. R. ROMERO ESPINOSA, «Prevaricato y abuso de funciones del cargo», en H. OLASOLO, D. BENITO SÁNCHEZ, D. SANSÓ-RUBERT PASCUAL y N. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ (dirs.), *Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del Derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 329-366; R. RIVERO ORTEGA, «¿Tenemos balas de plata contra la corrupción en la contratación pública?», *Revista Galega de Administración*

Pública, núm. 67, 2024, pp. 275-290; M. T. MONTERO RUIZ, «El delito de prevaricación en el contexto del ruido ambiental», *La Ley Penal*, núm. 170, 2024, sobre prevaricación omisiva; F. J. VÁZQUEZ MATILLA, «¿La mera inobservancia del procedimiento y publicidad exigida en contratación pública puede conllevar la condena penal por prevaricación aunque no exista malversación o fraude?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 1, 2024.

2.2. Delito 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 objetivo de la regulación es preservar el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración, evitando que el interés privado colonice 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 que diferencia entre cohecho propio e 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 nada.

2.2.1. Sobre la relación entre la dádiva y la realización de un acto o función pública

La STS 441/2024, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2551), enjuicia un supuesto de usurpación de funciones públicas, en el que un individuo que padecía trastornos de personalidad y adaptativo, se hizo pasar por una figura de alto rango y concertó una entrevista con el presidente de ALSA en Ribadeo, presentándose falsamente como enlace entre la Vicepresidencia del Gobierno y la Casa Real. Para respaldar su impostura, organizó un convoy de vehículos y contrató a dos personas de la Policía Municipal para que actuaran como escoltas y proporcionaran seguridad durante el viaje. El TS absuelve a los policías del delito de cohecho por el que habían sido condenados (art. 419 CP), revocando la sentencia de la Audiencia Provincial, porque «la entrega de dinero no tuvo como objetivo remunerar la realización de un acto relacionado con el cargo público desempeñado por el sujeto pasivo». No es suficiente con que la persona ostente una función pública, sino que la entrega de la dádiva debe estar funcionalmente conectada con el acto requerido o con la afectación de la función. En este caso, el pago estaba directamente relacionado con una tarea extraoficial fuera de sus horas de servicio. Esta infringía la normativa sobre incompatibilidades del personal funcionario, pero «no hubo afectación

del bien jurídico protegido por el delito de cohecho, no hubo el comportamiento corrupto que sanciona el citado delito y que consiste en recibir o solicitar una dádiva por la realización de actos propios de un cargo administrativo».

Sí se constata la afectación a la función pública, aunque no se materialice en actos concretos, en la *SAN 3/2025, de 15 de enero (ECLI:ES:AN:2025:59)*. En este supuesto un excomisario del aeropuerto de Madrid había aceptado múltiples dádivas en especie y metálico entre 2010 y 2015 de dos empresarios a cambio de dispensar un trato de favor a sus clientes y familiares en el aeropuerto. El Tribunal recuerda que el delito de cohecho se consuma con la mera aceptación de la dádiva, sin que sea necesario probar que se concretó un acto administrativo irregular en favor del pagador. Por ello, resulta irrelevante que no conste un trato efectivo de favor: lo decisivo es que las dádivas buscaban ese trato privilegiado.

2.2.2. *Sobre la relación entre el delito de fraude y el delito de cohecho*

Sobre esta cuestión, entre otras, se pronuncia la *SAP de Alicante 356/2024, de 10 de octubre (ECLI:ES:APA:2024:1339)*. Se trata de un complejo caso de corrupción institucional vinculado al Consorcio para la gestión del Plan Zonal de Residuos de la Comunidad Valenciana. Diversos funcionarios públicos y empresarios fueron investigados y enjuiciados por una trama de delitos relacionados con cohecho, tráfico de influencias, información privilegiada, fraude, prevaricación y negociaciones prohibidas a funcionarios. Se demostró que algunos de los acusados facilitaron decisiones administrativas que beneficiaron a empresas privadas en la adjudicación de contratos y compraventa de terrenos, a cambio de beneficios económicos, regalos y otras ventajas personales.

Entre otras cuestiones, se pronuncia sobre la compleja relación entre el delito de fraude y el de cohecho. Aclara que con el delito de fraude «se protege tanto el lícito desempeño de la función pública como el patrimonio público frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar el mismo»; mientras que, mediante el delito de cohecho, lo que se protege es «la probidad del funcionario público que le permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos». El delito de fraude contiene una acusada vertiente de tutela del patrimonio de la Administración, de ahí que sea preciso concretar objetivamente su efecto perjudicial para el erario público. Esta no está presente en el delito de cohecho, razón por la que del delito de cohecho no se puede derivar más consecuencia pecuniaria que el decomiso de las dádivas o presentes.

2.2.3. *Novedades doctrinales*

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 del mayor interés la obra colectiva dirigida por H. OLASOLO, D. BENITO SÁNCHEZ, D. SANSÓ-RUBERT PASCUAL y N. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, *Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del Derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025. Esta obra incluye dos capítulos sobre los delitos de cohecho: J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, I. BLANCO CORDERO y M. ODRIÓZOLA GURRUTXAGA, «El cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales», pp. 65-173; y M. SCOLETTA y S. B. TAVERRITI, «El cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas», pp. 175-255.

2.3. Delitos de malversación

Debemos comenzar recordando que, después de 2022, el régimen de la malversación sufre una importante reforma, estableciendo tres modalidades que van de mayor a menor gravedad: en primer lugar, la apropiación de patrimonio público con ánimo de lucro (nuevo art. 432 CP); en segundo lugar, el uso temporal de bienes públicos (art. 432 bis CP); y, por último, los desvíos presupuestarios o gastos de difícil justificación (cláusula subsidiaria del art. 433 CP). También se establecen tipos atenuados cuando el perjuicio económico sea de menor gravedad (art. 432.3 CP), o cuando se reintegren (segundo párrafo del art. 432 bis CP). Común a las tres modalidades es la noción de patrimonio público, que el nuevo art. 433 ter define auténticamente como el «conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas», lo que excluye la posibilidad de una concepción puramente jurídica del patrimonio público. También, en el marco del Capítulo VIII (De los fraudes y exacciones ilegales), se crea un nuevo delito de enriquecimiento ilícito de autoridades en el art. 438 bis CP, que castiga los incrementos patrimoniales injustificados hasta cinco años después de haber desempeñado un cargo público.

2.3.1. *Concepto penal de patrimonio público: la consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2024, de 16 de mayo*

El 16 de mayo de 2024 la FGE emitió una Consulta, que incluye su propio posicionamiento, sobre una cuestión de extraordinario interés. Como se ha mencionado en el párrafo anterior, el art. 433 ter CP define el concepto de «patrimonio público» aludiendo a los bienes *pertenecientes a las Administraciones públicas*. ¿Esto excluye los bienes de las entidades que, a pesar de integrarse en el sector público institucional no son Administración pública con arreglo al Derecho administrativo?

Como se recuerda en la propia Consulta, hasta la reforma de 2022, era pacífica la jurisprudencia que consideraba que estos bienes encajaban en el objeto material de los delitos de malversación, en el entendimiento de que el carácter público de los fondos viene

determinado por su origen y su destino debido. El acuerdo no jurisdiccional adoptado por el Pleno del TS, de fecha 25 de mayo de 2017, contribuyó a disminuir notablemente la complejidad de esta materia al ofrecer diversas pautas para discernir cuándo el patrimonio de las sociedades mercantiles debía reputarse público⁹. No obstante, con el nuevo tenor literal del art. 433 ter CP, parece que cabría una interpretación restrictiva del concepto de Administración pública, excluyente, por ejemplo, de las sociedades mercantiles públicas, lo que a su vez limitaría el patrimonio afecto al régimen de la malversación.

La FGE, sin embargo, expone de manera muy convincente varios argumentos que avalan la interpretación de que el concepto penal de Administración pública es más amplio que el ofrecido por el Derecho administrativo —posibilidad admisible también teniendo en cuenta la locución del artículo «a los efectos del presente Código»—. Los argumentos principales son los siguientes: en primer lugar, por razones sistemáticas. La rúbrica del Título XIX del Libro II alude a los «delitos contra la Administración pública», y ello no ha impedido la subsunción en las figuras delictivas comprendidas en los arts. 404 a 445 CP de aquellas conductas ejecutadas en el seno de entes que, aun no teniendo la condición de Administración pública con arreglo al Derecho administrativo, sí forman parte del sector público. En segundo lugar, por razones teleológicas y axiológicas, ya que, como nuestros Tribunales han afirmado reiteradamente, el bien jurídico que se protege en los delitos de malversación es fundamentalmente el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración, que se vincula con la efectiva realización del interés general (art. 103 CE). La tutela reforzada que el legislador ofrece al patrimonio público encuentra su razón de ser en los fines que se encuentra llamado a realizar y no en el mero hecho de su titularidad formal, y estos fines se ven afectados tanto si el quebranto patrimonial afecta al sector público administrativo o empresarial. En definitiva, «el hecho de que el ordenamiento jurídico-administrativo permita gestionar los recursos públicos a través de entidades privadas integradas en el sector público institucional, en aras de una mayor agilidad y eficacia, no puede implicar una menor protección del patrimonio público».

Por último, el último argumento tiene que ver con la necesaria coherencia que debe existir en el ordenamiento jurídico. Si se excluyera de la protección la gestión de algunos

⁹ En concreto, los criterios son los siguientes: «1. Los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación siempre que concorra alguno de los supuestos siguientes: 1.1. Cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas referidas. 1.2. Cuando esté participada mayoritariamente por las mismas. 1.3. Siempre que la sociedad pueda ser considerada como pública en atención a las circunstancias concretas que concurren, pudiéndose valorar las siguientes o cualesquiera otras de similar naturaleza: 1.3.1. Que el objeto de la sociedad participada sea la prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen del sector público. 1.3.2. Que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones públicas. 1.3.3. Que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante, cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido, para desarrollar su objeto social y actividad».

bienes que sí generan responsabilidad contable o administrativa, se quebraría la tradicional coherencia sistemática entre la responsabilidad contable y la penal. También se llegarían a otras conclusiones poco razonables teniendo en cuenta la definición formal-material del art. 24 CP. Por ejemplo, atribuir la condición de autoridad o funcionario público a quien gestiona el patrimonio de las entidades del sector público —que no constituyen Administración pública conforme al ordenamiento jurídico-administrativo—, en el bien entendido de que ello implica el ejercicio de función pública, y, sin embargo, rechazar que el patrimonio de dichas entidades constituya patrimonio público a efectos de su malversación. Por estas razones, concluye la Consulta, «[e]l patrimonio de las entidades que, pese a no ostentar la condición de Administración pública en sentido estricto, integran el sector público tiene la consideración de patrimonio público a los efectos del art. 433 ter CP y, por consiguiente, puede ser objeto material de los delitos de malversación en los mismos términos en que venía siendo admitido por la jurisprudencia con anterioridad a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre».

2.3.2. *Sobre la interpretación del concepto «apropiación con ánimo de lucro» del delito de malversación*

La STS 882/2024, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2024:5335), enjuicia un supuesto de concesión irregular de un préstamo participativo de 300.000 euros por parte de la sociedad pública INVERCARIA, presidida por Cornelio, a la empresa FUMAPA, en una situación económica crítica y sin viabilidad. El préstamo fue aprobado en el Consejo de Administración a propuesta del presidente, a pesar de que los informes técnicos internos lo desaconsejaban por falta de plan de negocio y por la situación patrimonial negativa de la empresa. Además, parte de ese dinero se desvió a otra sociedad vinculada, FUMAFRA, lo que perjudicó los fondos públicos de la Agencia IDEA, única accionista de INVERCARIA. Se considera probado que el acusado Cornelio actuó con conocimiento de la inviabilidad de la empresa, desoyendo las recomendaciones técnicas, y facilitó el préstamo sin seguir los procedimientos ni informar debidamente al Consejo. El préstamo no fue devuelto y ni siquiera se registró adecuadamente en la contabilidad. Asimismo, se acredita que Severino, administrador de FUMAPA, indujo la operación y desvió los fondos. Cornelio fue condenado por prevaricación administrativa en concurso con malversación de caudales públicos, y Severino como inductor de malversación.

En el recurso se plantea que la concesión de un préstamo no es título hábil para la comisión de un delito de malversación al subsistir la obligación de devolución: no hay una apropiación sin ánimo de reintegro. Solo habría una apropiación o sustracción en caso de préstamos simulados o préstamos con existencia de un acuerdo para tolerar el impago. El Tribunal, sin embargo, considera que puede constatarse una suerte de dolo eventual sobre la apropiación sin ánimo de reintegro: «Aun cuando la redacción de los hechos probados era perfectible lo cierto es que de su apreciación conjunta se deducen

los datos suficientes para su calificación como malversación: la disposición de los fondos públicos por parte del acusado como si fueran propios, otorgando una ayuda en forma de préstamo, que *estaba destinada desde el principio a no ser devuelta en los plazos pactados precisamente porque la empresa carecía de viabilidad económica y estaba en situación de insolvencia o quiebra técnica*». Añade que el delito 432 CP actual —que, a diferencia de la regulación vigente desde 2003, aplicable a los hechos, se refiere a la apropiación con ánimo de lucro en lugar de la sustracción—, castiga no solo actos de estricto enriquecimiento personal, sino también actos de manifiesta deslealtad en la administración de los fondos públicos.

Citando a la STS 749/2022, de 13 de septiembre, sobre el caso de los ERE, recuerda que la jurisprudencia es pacífica sobre el criterio que debe operar para interpretar el ánimo de apropiación del art. 432 CP: debe entenderse en un sentido amplio, incluyendo cualquier clase de ventaja patrimonial o incluso espiritual (*animus lucri faciendi gratia*). En resumen: «El ánimo de lucro se apreciará en todos los casos en los que el sujeto activo obre con conciencia y voluntad de disponer de la cosa como si fuera propia, destinándola a unos fines ajenos a la función pública al objeto de conseguir una ventaja o beneficio propio o ajeno de cualquier tipo. Por consiguiente, este elemento subjetivo del injusto también se apreciará cuando el responsable del delito no persiga la obtención de una ventaja patrimonial o de un incremento económico personal».

En definitiva, a la hora de analizar el art. 432 CP, será suficiente con demostrar que la disposición de los bienes se hizo de manera definitiva (como ocurría en el caso enjuiciado), destinándola a unos fines ajenos a la función pública, porque la ventaja patrimonial o el incremento económico no es un elemento del tipo.

2.3.3. *Novedades doctrinales*

Entre las novedades doctrinales relacionadas con otros más o menos aspectos generales de la malversación o la corrupción pública, cabe destacar los siguientes trabajos: J. MARTÍN MUÑOZ, *Incentivos para la colaboración con las autoridades en los delitos económicos: un estudio sobre los arts. 305.6 II, 307.5 II, 308.8 II, 426 y 434 del Código Penal*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2024; C. MIR PUIG, *Los delitos de malversación del patrimonio público en el código penal como delitos de corrupción pública y política*, Atelier, Barcelona, 2024, reseñado por C. GARCÍA VALDÉS, «Los delitos de malversación del patrimonio público en el código penal como delitos de corrupción pública y política (Reforma LO 14/2022, 22.12)», *La ley penal*, núm. 168, 2024; J. P. MATUS, «La malversación o peculado y otras formas de apropiación indebida o desviación de fondos públicos», en H. OLASOLO, D. BENITO SÁNCHEZ, D. SANSÓ-RUBERT PASCUAL y N. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ (dirs.), *Las respuestas a la corrupción desde la parte especial del Derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 257-288; A. MATALLÍN EVANGELIO, «Significado y relevancia de los delitos relacionados con la corrupción en el ordenamiento

jurídico español», *RDPP*, núm. 73, 2024, pp. 65-98; A. LUZÓN CÁNOVAS, «El concepto penal de patrimonio público en el art. 433 ter CP: entre el continuismo y la novedad», *Diario La Ley*, núm. 10668, 2025; D. FIERRO RODRÍGUEZ, «La malversación de caudales públicos, el enriquecimiento personal y su exclusión de la Ley Orgánica 1/2024 por el Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, núm. 10561, 2024; P. MORENO BRENES, «Intereses financieros de la Unión Europea, malversación y la amnistía», *Diario La Ley*, núm. 10554, 2024; E. NÚÑEZ CASTAÑO, «¿Cualquier tiempo pasado fue mejor? La malversación de usos públicos distintos a los establecidos», *Revista General del Derecho Penal*, núm. 41, 2024, pp. 1-58; A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «La conducta típica del delito de malversación propia. La reforma de la LO 14/22, de 22 de diciembre», en M. GÓMEZ TOMILLO, A. JAVATO MARTÍN, A. DE PABLO SERRANO y J. MATEOS BUSTAMANTE (dirs.), «*Liber amicorum*» en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 681-696; D. J. BARRIENTOS PÉREZ, «El ánimo de lucro en el delito de malversación del artículo 432 CP», en M. GARCÍA MOSQUERA, V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y D. M. LUZÓN PEÑA (dirs.), *Libro homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*, BOE, Madrid, 2024, pp. 735-747; C. SMINTINICA, «Fraude y “malversación” de subvenciones laborales (CP art. 308 y 308 bis)», en M. ABELEIRA COLAO, D. CARRASCOSA BERMEJO y A. V. SEMPERE NAVARRO (dirs.), *Los delitos laborales*, BOE, Madrid, 2024, pp. 709-734.

