

Felio José Bauzá Martorell
Director

Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites

Prólogo de José Eugenio Soriano García

Prólogo	7
Presentación	11

PARTE I
DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PENAL

CAPÍTULO I. De la huida del Derecho Administrativo a la huida al Derecho Penal	29
1. Introducción	29
2. Los delitos contra la administración pública; la necesaria referencia jurisprudencial	32
2.1. La perversión en la contratación pública: los fraccionamientos ilícitos	32
2.2. Simulación negocial en contrato negociado sin publicidad. Los licitadores comparsa	33
3. El fraude a la administración del art. 436 CP y su relación concursal con la malversación del art. 432 CP	34
4. A vueltas con las empresas públicas de Derecho privado: la malversación de caudal público y la prevaricación; los conceptos de caudal público y asunto administrativo	34
5. El tráfico de influencias de los arts. 429 y ss. La doctrina jurisprudencial	36
6. El efecto de las sentencias penales en el orden administrativo; la nulidad; terceros y el principio de audiencia como problema procesal a resolver	36
7. Bibliografía	38

PARTE II
URBANISMO

CAPÍTULO II. Los convenios urbanísticos. De la negociación al delito	43
1. Introducción	44
2. El convenio urbanístico desde la óptica del Derecho administrativo: capacidad de negociación de las Administraciones y negociaciones prohibidas	46
2.1. Capacidad de negociación de las Administraciones en materia de convenios urbanísticos	46
2.2. «Negociaciones prohibidas» en los convenios urbanísticos desde la óptica administrativa	50

2.2.1.	La consecución del interés público (art. 103 CE)	50
2.2.2.	No es posible renunciar a potestades administrativas, ni limitar, por tanto, la potestad de planificación	51
2.2.3.	Los Convenios no pueden ir en contra de normas imperativas	53
2.2.4.	No pueden encubrir un contrato administrativo a fin de subvertir la normativa sobre contratación pública	54
2.2.5.	La prohibición de reservas de dispensación	55
2.2.6.	Los Convenios no pueden perjudicar derechos o intereses de terceros	55
2.2.7.	Mediante Convenio no pueden pactarse determinaciones que impliquen derogación del planeamiento	56
2.2.8.	Los convenios están sujetos al principio de buena administración	56
3.	Negociaciones prohibidas de los convenios urbanísticos desde la óptica del Derecho penal	58
3.1.	Participación ilegal de funcionario público en operaciones que deba realizar por razón de su cargo	60
3.1.1.	Análisis general de los elementos estructurales del delito	60
3.1.2.	Causas que exigen la abstención de la autoridad o funcionario en un convenio urbanístico: abstención administrativa versus abstención a efectos penales	65
3.1.3.	Sujeto activo y conducta típica	70
3.2.	Actividad profesional o de asesoramiento dependiente o al servicio de entidades privadas o particulares	72
3.2.1.	Análisis general de los elementos estructurales del delito	73
3.2.2.	Incompatibilidad administrativa versus incompatibilidad a efectos penales ..	75
3.2.3.	Sujeto activo y conducta típica	75
4.	El delito de prevaricación y los convenios urbanísticos	79
4.1.	Convenios urbanísticos: prevaricación	79
4.2.	Sujeto activo	82
4.3.	Necesidad de una «resolución administrativa»	83
4.4.	La resolución aprobatoria del convenio exige ilegalidad más arbitrariedad ..	84
4.5.	La arbitrariedad ha de ser conocida, «a sabiendas»	86
4.5.1.	Los supuestos que pueden dar lugar a la «arbitrariedad»	87
4.5.2.	Supuestos eliminan la existencia de «arbitrariedad»	91
5.	Los «aprovechamiento urbanísticos municipales» a efectos del delito de malversación de caudales público (STS 185/20016, «Caso Malaya»)	94
6.	Recapitulación	95
7.	Bibliografía	96
CAPÍTULO III. Anulación de licencias urbanísticas por sentencias penales..		99
1.	Derecho penal y Derecho administrativo	99
1.1.	Entre el delito y la validez en sede administrativa	101
1.2.	Distorsiones entre el derecho penal y el administrativo. En especial, entre la prevaricación y la nulidad administrativa	104
1.2.1.	El sujeto del delito y el autor del acto administrativo	105
1.2.2.	La arbitrariedad en el tipo penal	106
1.2.3.	Comisión por omisión	108

1.2.4.	Límites a la revisión de oficio	109
1.2.5.	Prescripción y caducidad	110
1.2.6.	Responsabilidad patrimonial	111
2.	Licencias urbanísticas	112
2.1.	Inejecución de sentencias	112
2.2.	Nulidad de actos urbanísticos por sentencias penales	113
2.2.1.	Jurisdicción y competencia	113
2.2.2.	Audiencia y defensa de interesados y perjudicados	116
2.2.3.	De la prejudicialidad a la absorción	118
2.2.4.	El agravio comparativo: la jurisdicción penal no se pronuncia sobre la responsabilidad civil	119
2.3.	Efectos jurídico-administrativos de la nulidad penal de licencias	120
2.3.1.	Anulación de licencias y/o demolición de edificaciones	120
2.3.2.	Terceros no personados	122
3.	Conclusiones y recomendaciones de lege ferenda	123
3.1.	Derecho penal y Derecho administrativo, cada uno en su lugar correspondiente	123
3.2.	Delimitación de ambas jurisdicciones. La cuestión prejudicial devolutiva ...	126
3.3.	Hacia una teoría de la prejudicialidad bien entendida	128
3.4.	Por una reforma urgente de la potestad sancionadora y una interpretación coherente de la prejudicialidad	130
4.	Bibliografía	131

PARTE III CONTRATACIÓN

CAPÍTULO IV. Sentencia penal y contrato administrativo: entre la validez y la eficacia		137
1.	Introducción: corrupción y contratación pública	137
2.	El deber de anular los contratos afectados por corrupción	139
2.1.	Instrumentos Internacionales en materia de lucha contra la Corrupción ...	139
2.1.1.	OCDE	140
2.1.2.	Consejo de Europa	141
2.1.3.	Naciones Unidas	141
2.2.	Instrumentos internacionales de armonización legislativa en materia de contratación pública	142
2.2.1.	Acuerdo de Contratación Pública de la OMC	143
2.2.2.	Ley Modelo de la CNUDMI	144
2.3.	Derecho comunitario	145
3.	La inoperatividad de la revisión de oficio	151
4.	La prejudicialidad devolutiva como vía para lograr la efectiva anulación de contratos administrativos afectados por actos delictivos	154
4.1.	Introducción	154
4.2.	Las cuestiones prejudiciales administrativas en la jurisprudencia penal	155
4.3.	La doctrina constitucional sobre la prejudicialidad	158
4.4.	Conclusión	163

5.	La anulación de contratos administrativos por la jurisdicción penal.....	164
5.1.	La anulación de actuaciones administrativas por la jurisdicción penal como cuestión prejudicial administrativa no devolutiva.....	164
5.2.	La anulación de contratos administrativos como manifestación de la competencia civil adhesiva del juez penal.....	165
5.3.	Un caso excepcional: la jurisdicción penal se declara incompetente para anular actuaciones administrativas.....	168
6.	La anulación de actos y contratos administrativos como decomiso de los productos del delito.....	170
7.	A modo de conclusión.....	172
8.	Bibliografía.....	172
CAPÍTULO V. El contrato administrativo: entre la validez y el delito.....		
1.	La Invalidez Del Contrato Administrativo.....	175
2.	Contratos del Sector Público y Derecho penal.....	177
3.	La infracción penal en el iter contractual.....	179
3.1.	Actos de preparación del contrato.....	179
3.1.1.	Omisión del expediente de contratación: la contratación verbal.....	179
3.1.2.	Participación en la elaboración del contrato.....	180
3.1.3.	Fraccionamiento del contrato: el contrato menor.....	182
3.1.4.	Invitaciones a presentar ofertas en un contrato negociado sin publicidad.....	183
3.2.	Selección del contratista y adjudicación del contrato del sector público.....	183
3.3.	Ejecución del contrato del Sector Público.....	186
3.3.1.	Inejecución o ejecución defectuosa del contrato.....	186
3.3.2.	Modificación del contrato y revisión de precios.....	187
3.3.3.	Régimen de prórrogas.....	187
4.	El plus penal en la infracción administrativa.....	187
4.1.	Infracción administrativa vs delito.....	187
4.1.1.	Prevaricación y contrato del sector público.....	188
4.1.2.	Fraude a la Administración y contrato del Sector Público.....	189
4.1.3.	Falsedad en documento oficial y contrato del Sector Público.....	189
4.1.4.	Falsedad en documento mercantil y contrato del Sector Público.....	190
4.1.5.	Tráfico de influencias y contrato del Sector Público.....	190
4.2.	Arbitrariedad administrativa y arbitrariedad penal.....	190
4.3.	Ausencia de daño material y utilidad pública.....	192
5.	Efectos de la infracción penal sobre el contrato del Sector Público.....	193
5.1.	No siempre existen efectos sobre el contrato administrativo.....	193
5.1.1.	Si el delito invalida el contrato o no.....	193
5.1.2.	Si el contrato ya se ha ejecutado o no.....	194
5.2.	Quién y cómo se anula el contrato administrativo.....	195
5.3.	La posición del licitador no adjudicatario.....	197
5.4.	Valoración crítica.....	198
6.	El Derecho penal, la unidad militar de emergencias de la Administración y del Derecho público.....	198
7.	Bibliografía.....	200

**PARTE IV
DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y DERECHO PENAL**

CAPÍTULO VI. El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.....	207
1. Introducción: medidas preventivas y medidas sucesivas o de reacción.....	207
2. El concepto de sanción de la teoría general del Derecho.....	209
3. Las sanciones administrativas como actos punitivos.....	212
4. El reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración.....	215
5. ¿Hay diferencias entre las penas y las sanciones administrativas?.....	218
6. La libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas: ¿Debe ser el Derecho penal la <i>ultima ratio</i> ?.....	222
6.1. El postulado de la comparabilidad.....	224
6.2. La premisa de la mayor gravedad de las penas.....	224
7. La expansión del Derecho Administrativo Sancionador y su configuración como respaldo de las políticas públicas de intervención.....	228
8. Las normas del Derecho Administrativo sancionador: normas sancionadoras y normas sobre la potestad sancionadora.....	230
8.1. Normas sancionadoras.....	231
8.2. Normas sobre la potestad sancionadora.....	233
9. Bibliografía.....	234
CAPÍTULO VII. Seguridad ciudadana: una perspectiva desde el derecho administrativo sancionador.....	237
1. La expansión del Derecho Administrativo sancionador.....	237
2. Garantías de la despenalización.....	240
3. La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.....	242
4. Régimen de infracciones.....	244
5. Sanciones.....	246
6. Algunos aspectos procedimentales.....	248
7. Bibliografía.....	249
CAPÍTULO VIII. La imputación de infracciones administrativas a las personas jurídicas.....	251
1. Introducción.....	251
2. El hecho de conexión.....	254
2.1. La exigencia del hecho de conexión como requisito de imputación.....	254
2.2. Personas físicas con capacidad de comprometer administrativamente a una persona jurídica.....	258
2.3. Especial referencia al caso de la actuación de trabajadores, carentes de poder de decisión: incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control y carga de la prueba.....	262
3. La exigencia de que el hecho de conexión aparezca externamente como hecho de empresa.....	266
3.1. La actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica.....	266

3.2. La exigencia de actuación «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica.....	268
4. Excurso: la cuestión en la Sala de lo penal del Tribunal Supremo	270
4.1. Planteamiento general.....	270
4.2. Crítica al criterio de la cultura de respeto al derecho.....	272
4.3. La carga de la prueba	274
5. Conclusión	275
6. Bibliografía	275

PARTE V FUNCIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO IX. Derecho penal y empleo público	281
1. Delitos de los funcionarios públicos	281
1.1. Ámbito objetivo. Tipología del ilícito penal.....	282
1.2. Ámbito subjetivo: delitos cometidos por funcionarios públicos.....	285
2. El principio non bis in idem y el régimen disciplinario en relación con la responsabilidad penal.....	288
2.1. Principio non bis in idem	288
2.2. Responsabilidad penal versus responsabilidad disciplinaria	289
2.3. Responsabilidad derivada de la normativa en materia de transparencia y buen gobierno	290
2.4. Responsabilidad civil de la administración.....	291
2.5. Orden jurisdiccional competente	292
3. Efectos y Consecuencias administrativas de la condena penal de los empleados públicos.....	293
3.1. Penas privativas de derechos.....	293
3.2. La pérdida de la condición de funcionario por condena a pena de inhabilitación y el acceso a la función pública.....	294
3.3. La rehabilitación del funcionario público inhabilitado	296
3.4. Suspensión de empleo o cargo público por condena penal.....	298
3.5. Otras consecuencias derivadas de la pena de inhabilitación.....	300
3.6. Carácter no sancionador de la pérdida de la condición de funcionario. Una visión jurisprudencial.....	301
4. Defensa jurídica de los empleados públicos en el ámbito de la jurisdicción penal	303
4.1. Aspectos formales. Derecho a la libre elección de abogado	303
4.2. Aspectos materiales: condiciones para el abono	305
4.3. Existencia de intereses contrapuestos. Actuación ante el conflicto de intereses	307
5. Una proyección de futuro: la responsabilidad penal de la administración pública y el Compliance	307
6. Bibliografía	310

PARTE VI ASPECTOS PROCESALES

CAPÍTULO X. La legitimación frente al ejercicio del <i>ius puniendi</i>	313
1. Introducción	313
2. ¿Se encuentra obligada la Administración a ejercer su potestad sancionadora?..	314
3. Los límites constitucionales del poder sancionador de la Administración	317
4. Tratamiento de la potestad sancionadora de la Administración en las leyes 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público	321
5. Los sujetos protagonistas del expediente administrativo sancionador	326
6. La figura del denunciante	328
7. La clave de bóveda de la legitimación en el procedimiento administrativo sancionador y en el proceso contencioso-administrativo: el interesado	333
7.1. Legitimación en el procedimiento administrativo sancionador.....	334
7.2. Legitimación en el recurso contencioso-administrativo	335
7.3. El derecho o el interés legítimo.....	337
8. Los derechos e intereses legítimos en la jurisprudencia contencioso-administrativa	340
8.1. Procedimientos disciplinarios. En especial, los seguidos por el Consejo General del Poder Judicial contra Jueces y Magistrados	343
8.2. Intereses colectivos, intereses difusos y acción popular	345
8.3. Protección de datos de carácter personal	348
8.4. Defensa de la competencia.....	351
8.5. Infracciones en materia de sanidad y salud laboral	354
9. La participación de las administraciones públicas en el proceso penal	354
9.1. La Administración Pública responsable penal (inculpado o encausado).....	355
9.2. La Administración Pública como perjudicada civil y como responsable civil subsidiario	356
9.3. La Administración Pública como acusación. Especial mención a la acción popular.....	359
10. Bibliografía	365
CAPÍTULO XI. Acción popular, denuncia y chantaje	367
1. Planteamiento general	367
2. Aspectos penales.....	367
2.1. El bien jurídico protegido.....	368
2.2. El concepto de «mal»	369
2.2.1. Quienes niegan el carácter penal de la acción en tales casos	370
2.2.2. Quienes afirman el carácter penal de la acción si se dan ciertos requisitos...	372
2.2.3. El chantaje de los artículos 171.2 y 171.3	375
2.2.4. El artículo 171.1 CP en la jurisprudencia menor.....	376
2.3. Excurso sobre las denuncias administrativas	379
2.4. Derecho comparado	382
2.4.1. Alemania	382
2.4.2. Austria	384

2.4.3. Suiza.....	384
2.4.4. Portugal.....	385
3. Aspectos constitucionales.....	386
4. Toma de postura.....	389
5. Aspectos procesales.....	391
5.1. Retirada de la acusación.....	392
5.2. Cosa juzgada.....	393
6. Conclusiones.....	396
7. Bibliografía.....	397

PARTE VII

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSAS Y DERECHO PENAL

CAPÍTULO XII. Inejecución de sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad penal.....	401
1. La ejecución de sentencias como derecho fundamental.....	401
2. Resoluciones Ejecutables: Momento De Ejecución.....	413
3. Forma de ejecución de las sentencias contenciosas: la integración del fallo.....	416
4. Plazo de ejecución voluntaria de las sentencias.....	418
5. Nulidad de actos contrarios al pronunciamiento de las sentencias.....	419
6. La imposibilidad de ejecutar la sentencia.....	421
7. El incidente de ejecución.....	423
8. La ejecución forzosa de la sentencia: modalidades, fijación de plazo y medidas coercitivas.....	424
9. Sobre la reforma del artículo 108.3 de la LJCA.....	427
10. Sobre la ejecución de las condenas dinerarias del artículo 106 de la LJCA.....	434
11. El Derecho penal como instrumento garante del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.....	435
12. Responsabilidad penal por el incumplimiento de sentencias: el delito de desobediencia y el delito de denegación de auxilio.....	438
12.1. Delito de desobediencia.....	438
12.1.1. Delimitación del círculo de autores.....	438
12.1.2. Tipo objetivo.....	444
12.1.3. Tipo subjetivo.....	449
12.1.4. Punibilidad.....	449
12.2. Delito de denegación de auxilio.....	449
13. Bibliografía.....	450
CAPÍTULO XIII. Normas de convalidación de actos y disposiciones administrativas anuladas en sede contenciosa.....	457
1. Introducción.....	457
2. El concepto de las normas de convalidación.....	458
3. Sobre la invalidez de las normas de convalidación debida a la prevalencia del derecho a la tutela judicial efectiva, la ejecución de las sentencias y la reserva de jurisdicción.....	462
4. Conclusiones.....	469
5. Bibliografía.....	470

PARTE VIII CONCLUSIONES

CAPÍTULO XIV. Reformas legislativas ante la insuficiencia de la legislación administrativa y las generalidades de los tipos penales.....	475
1. Planteamiento general.....	475
2. El derecho penal ha llegado al ámbito público para quedarse. La pregunta es ¿con qué condiciones y con qué alcance?.....	479
2.1. Los bienes jurídicos protegidos: la tipología de los delitos en los que participan funcionarios o autoridades administrativas.....	479
2.2. La consecuencia: escasa utilización de los tipos específicos y recurrencia habitual a los tipos genéricos.....	484
3. Un intento de categorización consecuencia de los elementos diferenciales que han ido exponiéndose.....	489
4. Los instrumentos de conexión y de uniformidad interpretativa.....	491
4.1. El recurso administrativo de revisión.....	491
4.2. La revisión de oficio.....	494
4.3. La cuestión de la devolución prejudicial de carácter administrativo.....	495
4.3.1. La cuestión prejudicial <i>strictu sensu</i>	497
4.3.2. El pronunciamiento experto como elemento de apoyo en la adopción de la resolución penal.....	498
5. Una visión de conjunto y sistémica sobre las reformas necesarias para clarificar la situación.....	499
5.1. En el plano subjetivo y en referencia al empleo público.....	500
5.1.1. Reformulación del régimen disciplinario de los empleados públicos.....	500
5.1.2. Reformulación del estatus de los altos cargos con la inclusión de conductas de no hacer o de hacer distinto.....	501
5.2. La reformulación del sistema de controles administrativos y de los supuestos de responsabilidad por daños a la Administración.....	503
5.2.1. Responsabilidad política.....	504
5.2.2. Responsabilidad administrativa.....	505
5.2.3. Responsabilidad contable-financiera.....	506
5.3. Reconcepción de la responsabilidad contable.....	509
5.4. Redimensionamiento de la revisión de los actos y negocios administrativos.....	510
6. Conclusiones.....	511
7. Bibliografía.....	514