



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2015-2016

EL “REGRESO AL DERECHO PENAL”

**Estudio de algunos problemas relativos al concepto penal
de funcionario público**

THE “RETURN TO THE CRIMINAL LAW”

**Study of some of the problems related to the criminal
concept of public servant**

AUTOR: Diego Antonio Ortiz Arpide

TUTORA: Dra. Ana Gutiérrez Castañeda

INDICE

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN.....	4
1. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO DELITOS ESPECIALES.....	5
2. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO.....	9
2.1. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA	9
2.2. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL CP DE 1995	12
2.2.1. Consideraciones generales.....	12
2.2.2. Requisito objetivo: El ejercicio de funciones públicas	14
2.2.3. Requisito subjetivo: El título habilitante.....	17
2.2.3.1 Disposición inmediata de la Ley	19
2.2.3.2. Elección.....	20
2.2.3.3. Nombramiento de autoridad competente	21
3. LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL Y LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	22
3.1. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL.....	22
3.1.1. Consideraciones generales y planteamiento del problema	23
3.1.2. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia. Especial consideración de la STSJ de Cantabria 1/2014 de 8 de abril	25
3.2. EL PROBLEMA DE LOS FONDOS EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS.....	30
3.2.1. Delitos de malversación de fondos públicos	31
3.2.2. STS de 7 de Octubre de 2014 (rec. 238/2014).....	32
3.2.3. Una última reflexión sobre la naturaleza de los fondos de las Empresas Públicas	34
4. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES.....	36
4.1. LA RESPONSABILIDAD DEL PARTÍCIPE <i>EXTRANEUS</i> EN EL DELITO ESPECIAL.....	36
4.1.2. Solución del Legislador en España. Art.65.3 CP	39
4.1.3. La solución del Legislador en otros países	47
4.1.3.1. Italia.....	48
4.1.3.2. Alemania	50
CONCLUSIONES.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	56

ABREVIATURAS

BOE = Boletín Oficial del Estado

CASS = Cassazione (Casación)

CP = Código Penal

CPi = Código Penal italiano

FJ = Fundamento Jurídico

LO = Ley Orgánica

RCL = Repertorio Cronológico de Legislación

RJ = Repertorio de Jurisprudencia

STGB = Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)

STS = Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ = Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

STSJC = Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

TS = Tribunal Supremo

TSJ = Tribunal Superior de Justicia

TSJC = Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del presente trabajo ha sido determinar cuál debe ser la consideración a efectos penales de los miembros de la Administración Institucional, es decir, esclarecer sobre si son funcionarios a efectos penales y por ende sujetos activos de los diferentes delitos especiales o no. El motivo que desencadena su realización es la STSJ de Cantabria 1/2014 de 8 de Abril, conocida mediáticamente como “El caso de la casa de los gorilas”. En la misma se producen una serie de desavenencias entre la mayoría del tribunal y el voto particular existente en orden a resolver la cuestión que aquí interesa. Por otra parte, apoyándose en la pionera STS 238/2014 de 7 de Octubre, se trata de aclarar si los fondos de las Sociedades Mercantiles Públicas tienen carácter público o privado a efectos de determinar si pueden ser objeto de un Delito de malversación de fondos públicos. Por último, se ahonda sobre una problemática conocida en el ámbito penal como “la responsabilidad del partícipe extraño o *extraneus* en los Delitos especiales” tratando de exponer las teorías existentes al respecto y sus posibles soluciones.

Para todo ello, se empieza realizando un breve estudio sobre los Delitos contra la Administración Pública recogidos en el Título XIX del Código Penal. Esto se lleva a cabo con el fin de determinar el fundamento de la restricción de sujetos activos, es decir, tratando de dilucidar acerca del por qué sólo los funcionarios públicos pueden ser sujetos activos de la mayoría de esos delitos. Asimismo, se identifica el bien jurídico protegido de tales tipos penales.

A posteriori, y con un papel fundamental para todo el argumentario, se analiza el concepto de funcionario público dispuesto en el art. 24.2 del Código Penal. Este ha sido objeto de ríos de tinta desde su origen, y la finalidad en el presente trabajo es reflejar como el concepto ha cambiado y evolucionado en el curso del tiempo, con un enfoque tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Para ello, de acuerdo con la concepción del Derecho como “*filius temporis*”, es necesario realizar un breve recorrido histórico para clarificar las etapas y cambios fundamentales de dicho concepto, así como un análisis de los requisitos para la aplicación del mismo.

Una vez tratados los Delitos contra la Administración Pública y el concepto penal de funcionario público, se procede a estudiar el fenómeno conocido como “la huida del Derecho Administrativo” como concepto íntimamente ligado al de Administración

Institucional. Es ello lo que motiva el título de este trabajo, pues se piensa aquí que la huida del Derecho Administrativo no debe llevar aparejada la huida del Derecho penal. De esa forma, se esclarece la razón por la que la Administración Pública recurre a la creación de entes instrumentales que adoptan formas jurídico-privadas. En base a ello y a lo aportado por la Doctrina y la Jurisprudencia, se trata de resolver sobre la condición de sus miembros a efectos penales, sirviendo también de fundamento de lo expuesto sobre el concepto penal de funcionario público del art. 24.2 CP. Por su parte, dada la inexistencia de un concepto legal de “fondos públicos”, se recurre a la Jurisprudencia para resolver esa clasificación. Posteriormente, se procede a realizar un somero análisis de los delitos de malversación de fondos públicos, con especial hincapié en su objeto y bien jurídico protegido, para después intentar llegar a una conclusión sobre si los fondos de las Sociedades Mercantiles Públicas son objeto o no de tales delitos.

Por último, para el estudio de la problemática sobre la responsabilidad de *extranei* en los delitos especiales, se aportan diversas teorías elaboradas por la doctrina nacional e internacional, y además se exponen las soluciones ofrecidas por el Tribunal Supremo antes del año 2003, año en que la reforma de la LO 15/2003 de 25 de Noviembre, por la que se modifica la LO 15/1995 de 23 de Noviembre del Código Penal, introduce el art. 65.3 CP tratando de resolver el problema. Por ello, se reflexiona también sobre dicho artículo a la luz de la más reciente doctrina y jurisprudencia.

1. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO DELITOS ESPECIALES

La asunción por parte del Estado de una elevada cantidad de competencias, en gran parte de ámbitos que afectan a los intereses generales de los ciudadanos, ha tenido como consecuencia un incremento significativo del número de funcionarios que gestionen ese entramado institucional denominado Administración Pública. Éstos están sometidos a una normativa específica que establece una serie de deberes especiales, a la par que se implantan distintos mecanismos de control para garantizar su cumplimiento, de manera que no se aprovechen de su posición y cargo para eludir el Ordenamiento jurídico. Entre esos mecanismos, y con las características propias del ordenamiento penal, se encuentran los delitos cometidos por funcionarios en el Código Penal.

En efecto, el Código Penal prevé una serie de delitos donde la condición de funcionario público agrava o incluso fundamenta la responsabilidad penal derivada del hecho típico. La mayoría de ellos están recogidos en los títulos XIX y XX CP que hacen referencia a “*Delitos contra la Administración Pública*” y “*Delitos contra la Administración de justicia*” respectivamente. La mayor parte de los delitos contenidos en dichos títulos, se configuran como delitos especiales. Por otra parte, queda obviado que cualquier funcionario, en su *status* de particular puede cometer cualquier delito común tipificado en el Código Penal. Conviene así, realizar un análisis de los diferentes tipos de delitos que coexisten en el Código Penal en atención a la delimitación del círculo de posibles sujetos activos. De esta forma se puede distinguir entre:

- Delitos comunes: son aquellos delitos que pueden ser cometidos por cualquier persona, ya que en sus tipos no se exige ninguna condición o cualidad, tanto jurídica como natural, que deba reunir el sujeto activo.

- Delitos especiales: éstos solo pueden ser cometidos por personas que se encuentren en una determinada situación jurídica subjetiva, que recubran un “status”, es decir, que posean un determinado requisito para la comisión del delito (e.g. ser funcionario o autoridad). En consecuencia, se puede deducir que el Legislador ha tenido con ello, la pretensión de limitar el número de sujetos activos de tales hechos delictivos, lo que se contrapone a los delitos comunes en los cuales cualquier persona puede ser sujeto activo.

A su vez, los delitos especiales pueden ser:

- Propios: se refiere a aquellos en los cuales el hecho se configura como delito sólo si es cometido por el *intrañeus* (sujeto cualificado), no teniendo relevancia penal la comisión por parte de un sujeto que no posea las características requeridas por el tipo, pues no existe un delito común que se corresponda con el especial por el que pueda responder el *extraneus* (sujeto no cualificado). Véase a modo de ejemplo el delito de prevaricación del art. 404 CP, el cual solo puede ser cometido por funcionario o autoridad. De forma complementaria, se puede recurrir al Título XIX CP, el cual está integrado en su mayoría por delitos de este tipo.

- Impropios: en ellos, a diferencia de los Delitos especiales propios, el hecho se configura como delito con independencia de la calidad personal del

autor en la medida en que tienen correspondencia con los delitos comunes. Sin embargo, en el caso en el que un sujeto que tenga las características requeridas por el tipo especial, sea el que realiza el hecho típico, “cambia el título de imputación” y consiguientemente cambian el “*nomen iuris*” y la gravedad del delito (e.g art.167 CP relativo a las detenciones ilegales, arts. 174 y ss. en relación al delito de tortura, etc.)¹.

En resumen, aludiendo exclusivamente a la condición de funcionario, se pueden encontrar en el Código Penal dos tipos de delitos especiales. Por un lado, los Delitos especiales propios, que son aquellos en los cuales tal condición es un elemento esencial del injusto, dándose la atipicidad si un sujeto no cualificado comete el hecho, pues no existe correspondencia con uno común. Y por otro lado, los Delitos especiales impropios, donde la condición de funcionario da lugar a una mayor gravedad del injusto y por tanto a una mayor pena, pero no lo fundamenta ya que tienen correspondencia con uno común.

Como ya se anticipó, gran parte de los delitos cometidos por funcionarios se encuentran recogidos en el Título XIX del Código Penal que hace referencia a los “*Delitos contra la Administración Pública*”. Este título abarca los arts. 404 a 445 CP que son los que a efectos del presente estudio resultan más relevantes por ser prototípicos de las problemáticas aquí analizadas². Ello se denota todavía más cuando se descubre que casi la totalidad de los delitos contenidos en este título son especiales, teniendo la consecuencia, como ya se sabe, de restringir el círculo de posibles sujetos activos del delito (generalmente a funcionarios).

¹ Véanse sobre esta diferenciación, entre otros, a MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Valencia 2010, pp. 258 a 260; DE LA CUESTA AGUADO, P.M. *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, 1996, pp. 70 y 71; PADILLA ALBA, H.R./ROLDÁN BARBERO, H. *Manual de Derecho penal. Parte general. Adaptado al Plan Bolonia y actualizado conforme a la L.O. 5/2010, de 22 de Junio*, Córdoba, 2010, pp. 109 y ss; BARRANCO MATA, N.J. “El funcionario público ante el Derecho Penal”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 20, p.18; REBOLLO VARGAS, R. “Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales: particular referencia al delito de tortura”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 53, nº1, 2000, pp. 135 y ss.; RUEDA MARTÍN, Mª.A. “Reflexiones sobre la participación en los delitos contra la Administración Pública”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 8, pp.130 a 132 y HADWA ISSA, M. “El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal”, en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº3, pp. 2 y ss.

² Resulta representativo lo expuesto por GARROCHO SALCEDO, A. M. “*Los delitos de malversación*”, en *EUNOMÍA Revista en Cultura de la Legalidad*, 2014, p. 269, quien con referencia a la Memoria de 2013 de la Fiscalía General del Estado, manifiesta que “las sentencias dictadas por delitos relativos a la corrupción se incrementaron un 151% en los últimos 3 años, representando la prevaricación administrativa un 44% del total y la malversación un 39%”.

De esta forma, la primera cuestión que puede surgir es relativa al fundamento que motiva la limitación de la esfera de posibles sujetos activos en los delitos contra la Administración Pública. Sobre este interrogante ha investigado RUEDA MARTÍN³, destacando dos vías que fundamentan tal restricción a funcionarios públicos:

- La primera vía se refiere a la teoría de la infracción de deberes de ROXIN⁴. Entiende la autora que el dominio del hecho⁵ “no es un principio universal aplicable a todos los delitos, sino que existen algunos de ellos en los cuales la autoría se debe determinar con arreglo a otros criterios como la infracción de deber”. En efecto, lo relevante para determinar al autor en este tipo de delitos no es el dominio del hecho, sino que el criterio determinante de la autoría será la infracción de un deber por parte de quien lo posee. De esta manera, los portadores de tales deberes serán los funcionarios competentes en la materia de que se trate, y sólo ellos. Ese haz de facultades o deberes que posee el funcionario público, esta normativizado en normas extrapenales. Si bien, la mera infracción de esos deberes extrapenales no es suficiente para determinar la autoría⁶, haciendo falta una segunda vía complementaria.

- La segunda vía alude a la relación especial entre el sujeto idóneo y el bien jurídico protegido. Lo cierto es que, como señala RUEDA MARTÍN⁷, “en los delitos contra la Administración Pública existen bienes jurídicos protegidos que no se hallan en un espacio social accesible a todos”, sino solo para algunos legitimados. Esta puede ser la razón por la que el Legislador ha restringido el círculo de autores a solo aquellos sujetos que puedan interferir de forma directa con el bien jurídico protegido.

³RUEDA MARTIN, M.A. "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública", cit., pp. 132 y ss.

⁴ROXIN, C. *Sobre la Autoría y Participación en el derecho penal*, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1970, pp. 55 y ss.

⁵Como bien expone MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 433 y 434, según la teoría del dominio del hecho, “es autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización”. Se propone por otra parte, para una visión global de la influencia de esta teoría y de la de infracción de deberes la lectura de DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M. “La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas”, en *Revista Nuevo Foro*, nº 76, pp. 15-48 y OSSANDÓN WIDOW, M. “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”, en *Política criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº1, 2006, pp. 3 a 7.

⁶DE LA CUESTA AGUADO, P. M. "Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: dos reflexiones teóricas con incidencia práctica", en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, 2013, p. 193.

⁷RUEDA MARTIN, M.A. "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública" cit., p. 140

La siguiente cuestión que procede analizar, es entonces, la relativa a los bienes jurídicos protegidos en los Delitos contra la Administración Pública. De esta forma, la principal pregunta que cabe hacer es ¿Cuáles son? Pues bien, se podría decir que de manera unánime, se admite que el bien jurídico común de los delitos del Título XIX del Código Penal es el correcto funcionamiento de la administración pública.⁸ Por su parte, es interesante agregar la apreciación que realiza el autor peruano ABANTO VÁSQUEZ⁹. Entiende este autor que dentro de ese bien jurídico protegido, existe una serie de “objetos de protección” que son directamente atacados por las conductas ilícitas que los distintos tipos delictivos criminalizan. Añade a continuación una serie de ejemplos que sirven para esclarecer la idea que se trata de transmitir; así en el delito de cohecho (arts. 419 y ss. CP) se protegen la “imparcialidad y legalidad en el ejercicio de la función”. Por su parte, en el delito de malversación pública (arts. 432 y ss. CP) se trata de defender el “patrimonio de la administración pública”.

2. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

2.1. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Conviene realizar un estudio histórico, por breve que sea, a efectos de conocer cómo se ha ido transformando y amoldando a la realidad actual el concepto penal de funcionario público en España. Como apunta DE LA CUESTA AGUADO¹⁰, los conceptos de funcionario público y autoridad, se han ido conformando con diversas

⁸ MIR PUIG, S. “Delitos relacionados con el abuso de la función pública en Derecho español”, en *La Criminología frente al abuso de poder (IX Cursos de Verano en San Sebastián - II Cursos Europeos)*, Donostia, 1992, p. 72: “Puede destacarse dos grandes bienes protegidos: por una parte, la pureza de la Administración en sus relaciones con los ciudadanos, y por otra parte, el correcto funcionamiento interno de la administración”; OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, p. 87: “el bien jurídico general protegido den los delitos del título XIX del CP es el buen funcionamiento de la Administración pública, entendido como la imparcialidad, legalidad y objetividad, o atención a los intereses generales de la sociedad en la actuación administrativa” y GONZALEZ CUSSAC, J.L. “La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº30, 1996, p. 17: “el bien jurídico común o categorial, común a todos los tipos comprendidos dentro de los delitos contra la Administración Pública, estará constituido por la “función pública ejercida correctamente, esto es, dentro de la legalidad”. Naturalmente, esta idea genérica requiere una posterior concreción en cada uno de los concretos tipos delictivos”

⁹ ABANTO VÁSQUEZ, M. A. *El tratamiento penal de los delitos contra la administración pública*, Universidad Nacional de San Marcos, 2003, p.2.

¹⁰ DE LA CUESTA AGUADO, P. M.” Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: dos reflexiones teóricas con incidencia práctica”, cit., pp. 173-194.

aportaciones. Por un lado las propias de los modelos liberales que dados sus ideales, intentan eliminar toda figura que implique supremacía o poder, y por ello fomentan el concepto de funcionario, incluso englobando dentro del mismo el de autoridad. Por otro lado, de acuerdo a modelos más autoritarios, se trata de reforzar un concepto más acorde a su ideología, lo que se constata observando que la figura de autoridad, es propia de las dictaduras de Primo de Rivera en 1928 y la Dictadura de Francisco Franco en 1944. Para ello, se analizan las diferencias existentes en los distintos Códigos Penales, partiendo del primero que lo introdujo en su articulado.

El concepto penal de funcionario público, aparece por primera vez en el Código Penal de 1848 en su art.322, que lo define como *“todo el que desempeña un cargo público aunque no sea de real nombramiento ni reciba sueldo del Estado”*. Este precepto estaba encuadrado en la parte especial del Código, concretamente, en el Título VIII del Libro II denominado *“De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”*. El Código de 1850 acoge en su art. 331 la definición expuesta sin modificaciones. Este concepto se caracteriza por su amplitud, ya que basta simplemente ejercer un cargo público para ser considerado funcionario¹¹.

En 1870, consecuencia de la Constitución de 1869, se redacta un nuevo texto penal de gran relevancia en el ámbito que nos ocupa, dado que podría considerarse como el primer precedente al existente en la actualidad¹². En efecto, en el art. 416 se establece un concepto de funcionario que concuerda en gran medida con el vigente, no obstante, también con eficacia limitada al título de la parte especial en el que se encuentra recogido (*“De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”*). Si bien, esa eficacia es ampliada mediante una cláusula ínsita en el precepto a los títulos anteriores¹³. Se dice entonces, que se considera funcionario público *“a todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas”*. Se destaca en este concepto la inclusión de los tres modos de adquirir la condición de funcionario público, no bastando solamente la participación en la función pública, como si pasaba en el anterior Código Penal.

¹¹ En este sentido COBO DEL ROSAL, M. “Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal Español. (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, T.CCXII, Madrid, 1962, p. 220.

¹² En este sentido, JAVATO MARTÍN, A.Mª. “El concepto de funcionario público a efectos penales”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 23, p. 150.

¹³ Según el art.416 CP de 1870 *“Para los efectos de este título y de los anteriores del presente Libro, se reputará funcionario público (...)”*.

Por su parte, el Código Penal de 1928, fruto de la Dictadura de Primo de Rivera, contiene varias novedades. La primera y más importante a efectos de este análisis, es el aumento de eficacia que el concepto de funcionario público adquiere, pues se traslada a la parte general, siendo por ello aplicable, no únicamente al título donde se encontraba encuadrado en los precedentes textos penales, sino a la totalidad del Código. Esta sistemática, será la seguida por el resto de Códigos Penales hasta la actualidad, con excepción del de 1932, en el que se vuelve a limitar el concepto al Libro II, Título VIII “*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*”, incluyendo en similitud al CP de 1870, una disposición general aplicable a los títulos anteriores, desapareciendo, además, el concepto de autoridad, dada la ideología republicana de la nueva Constitución en ese momento. La segunda modificación, con mucha relación también a lo que aquí respecta, es el tratamiento conjunto del concepto de funcionario público con el de autoridad, siendo caracterizado este último por “*el ejercicio de jurisdicción propia*”. Resulta interesante la reflexión llevada a cabo por DE LA CUESTA AGUADO¹⁴, respecto de la ausencia de necesidad de mantener un concepto de origen autoritario, como es el de autoridad, en un sistema democrático como el que tenemos en la actualidad, contando además la pobre función instrumental que cumple la distinción entre funcionario público y autoridad en el Código Penal actual, quedando así demostrado en el análisis que la misma autora realiza en su reflexión.

El art. 119 del Código Penal de 1944 es el antecedente directo del actual art. 24 CP, y rezaba lo siguiente:

“A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí sólo o como individuo de alguna corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia.

Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal.

Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas.”

Efectivamente, se encontraba en la parte general del Código, recogiendo conjuntamente los conceptos de funcionario público y autoridad, y suprimiendo la expresión “*popular*” del título de adquisición de la condición de funcionario, quedando

¹⁴ DE LA CUESTA AGUADO, P. M.” Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: dos reflexiones teóricas con incidencia práctica”, cit., pp. 173-194.

reducida a la simple “elección”, si bien esto último no es de mucha relevancia para este trabajo.

Esa definición de funcionario es trasladada literalmente al Código Penal vigente de 1995 en su art. 24.2 CP y que en este estudio conviene analizar en profundidad.

2.2. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL CP DE 1995

2.2.1. Consideraciones generales

El art. 24.2 CP se encuentra dentro de la parte general del Código, por lo que es aplicable al texto completo. De esa manera se dispone que:

“Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”

Por tanto, la participación en el ejercicio de la función pública es uno de los dos requisitos que se necesitan para considerar funcionario a un sujeto en el ámbito penal. El segundo es el título habilitante (*disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente*). Ambos requisitos serán estudiados posteriormente de una manera detallada. Lo que sí cabe decir en este momento, en atención a lo expuesto, es que el art. 24.2 CP es una norma interpretativa auténtica, es decir, la misma indica al juez lo que debe entender por funcionario, exigiéndole atribuirle tal condición a los sujetos que reúnan los requisitos mencionados.

Tal y como refleja QUINTERO OLIVARES¹⁵, en el Código Penal existe un buen número de delitos en los que la esfera de posibles autores está limitada a autoridades o funcionarios o en los que esa condición cualifica y modifica la tipicidad aplicable o incluso algunas infracciones van dirigidas contra autoridades o funcionarios de forma exclusiva (delitos especiales propios o impropios). Por ello, es de vital importancia realizar un análisis de ambos conceptos, y en este caso, del de funcionario público.

¹⁵ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al Código Penal Español*, 4ª edición, 2004, pp. 302 a 305.

Este precepto ha sido objeto de grandes debates¹⁶, tanto doctrinales, como jurisprudenciales, sacándose de todos ellos una conclusión clara; el concepto de funcionario establecido en el presente artículo, es autónomo del recogido en la rama del Derecho Administrativo¹⁷. Se trata de un concepto amplio de funcionario que responde a los fines distintos que tiene el Derecho Penal respecto a los demás ámbitos del derecho, y que tiene su base en la participación del sujeto activo en el ejercicio de funciones públicas. Con el fin de esclarecerlo aún más, mientras que en el Derecho Administrativo se exigen las notas de incorporación y permanencia, en el Derecho Penal esto no es necesario. O dicho de otra forma y citando a JAVATO MARTÍN¹⁸, lo que caracteriza al funcionario administrativo es su incorporación a la Administración en régimen de Derecho público y de manera permanente, voluntaria y profesional. Por el contrario, en el Derecho Penal basta la simple participación en el ejercicio de funciones públicas y un título habilitante de los previstos en la norma penal. Esto permite que sujetos que a efectos administrativos no son considerados funcionarios públicos, con arreglo a la normativa penal si lo sean en razón de la función que realicen. Todo ello como se ha dicho, está fundamentado en las diversas finalidades que ambos ordenamientos persiguen (que

¹⁶ Esos debates tienen por objeto dilucidar cuál es el alcance del concepto penal de funcionario frente al concepto administrativo. Asimismo, también se trata de establecer e interpretar cada uno de los criterios requeridos por el art. 24 CP para la adquisición de la condición de funcionario público a efectos penales. Se puede afirmar que casi de forma unánime se admite la autonomía del concepto penal de funcionario. En cambio, se discute sobre lo que ha de entenderse por “función pública”. Todo ello es analizado a continuación.

¹⁷En la Doctrina, destaca esta idea, entre otros, VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. *Los delitos contra la administración pública: teoría general*, Santiago de Compostela, 2004, p. 342, “La doctrina afirma de forma unánime el carácter autónomo del concepto de funcionario con relación al formulado por la legislación y doctrina administrativas”. Por parte de la Jurisprudencia, véase la STS 22 de abril de 2004 que afirma lo siguiente: “*Tal y como ha declarado esta Sala, el concepto de funcionario público contenido en el art. 24 del Código Penal, (...) es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo, en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar. Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del Ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho Administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente la participación en la función pública, a la que debe accederse por cualquiera de las vías de designación que recoge el precepto. Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia, de un concepto nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del Derecho Penal y que sólo eventualmente coincide con los criterios del Derecho Administrativo*”. En el mismo sentido, véanse entre otras, las STSS 1292/2000, de 10 de julio; 68/2003, de 27 de enero; 186/2012 de 14 marzo.

¹⁸ JAVATO MARTÍN, A. M^a. “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, cit., p.153.

pueden sintetizarse en la defensa de la función pública en el orden penal, y en la regulación de los derechos y deberes de los funcionarios en el ámbito administrativo)¹⁹.

Como se ha dicho, para adquirir la condición de funcionario a efectos penales, es necesaria la concurrencia de dos elementos, uno subjetivo o personal, y otro referido a la actividad desarrollada. El primero requiere el nombramiento debido por disposición inmediata de la Ley, elección, o nombramiento de autoridad competente. El segundo, está constituido por la participación del sujeto en el ejercicio de funciones públicas.

Aun siendo el segundo elemento el pilar esencial del concepto penal de funcionario público, la jurisprudencia²⁰ ha dejado patente en múltiples ocasiones la necesidad de que concurren ambos requisitos para adquirir tal condición. A modo de ejemplo, en la STS 876/2006 de 6 de Noviembre, se señala que son precisos los dos elementos aludidos para evitar que se extienda la condición de funcionario a todo aquel que realice funciones públicas. Ello tiene su razón de ser en que en ocasiones se transfiere la realización de esas a los ciudadanos mediante Ley, por lo que habrá que atender también a si posee o no un título habilitador como exige el Código Penal²¹.

Conviene así realizar un análisis separado de ambos elementos para solventar las dudas y problemas que puedan surgir a la hora de pretender interpretarlos.

2.2.2. Requisito objetivo: El ejercicio de funciones públicas

A diferencia de las funciones legislativas y jurisdiccionales que aun siendo funciones públicas, no plantean problemas a la hora de su identificación en el orden penal, la función pública, como concepto abstracto, ha sido objeto de numerosos debates en la

¹⁹ En la misma posición, REBOLLO VARGAS.R, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, 1996, p.79.

²⁰ Igualmente la Doctrina también incide en esta necesidad, véase a modo de ejemplo a JAVATO MARTÍN, A.M^a, “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, cit., p.163 “ (...) no es suficiente para poder ser considerado como funcionario a efectos penales la participación en el ejercicio de funciones públicas, sino que además se necesita estar habilitado para dicha participación a través de uno de los títulos reseñados en el art. 24 del Código Penal”; Del mismo modo, RAMÓN RIBAS, E. “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 (concepto de funcionario público)”, en *Estudios penales y criminológicos*, nº 34, 2014, p. 189, “Afirmar que (...)el elemento nuclear del concepto de funcionario público, sobre el que descansa su gran amplitud, es la participación en el ejercicio de funciones públicas sigue siendo posible, pero con la advertencia previa de que es preciso que tal ejercicio se realice (...) en virtud de alguno de los títulos referidos por el art. 24.2 CP”.

²¹ En la misma posición la STS 225/2015 de 9 de Marzo.

Doctrina y la Jurisprudencia, sobre todo a la hora de intentar constituir una definición efectiva que sirva para distinguirlas de otras funciones de carácter privado.

El Código Penal español no contiene una definición de función pública. Esto si sucede, por ejemplo, en el Ordenamiento Penal italiano, en donde además se distingue entre función pública²² y servicio público²³, pero que en síntesis se basan en la finalidad perseguida con la actividad, que ha de ser de interés público. Esa falta de regulación por parte del Legislador penal en España, ha llevado a la Doctrina y Jurisprudencia a efectuar numerosas interpretaciones, incluso discrepantes entre ellas.

Empezando por la Doctrina, existen diferentes nociones de lo que ha de entenderse por función pública. La primera noción de función pública, hace referencia a aquella que para determinar el carácter público o privado de la actividad, se centra en el régimen jurídico al que está sujeto²⁴. Así, se considera pública la función que está sometida al Derecho Público. La segunda concepción, es la que atiende a la titularidad de la función enjuiciada. De esta forma, será calificada como función pública aquella que está encomendada a la Administración Pública²⁵. Por último, la tesis finalista, que es aquella que se fija en si la actividad a valorar persigue fines o intereses públicos, o por el contrario privados, y en consecuencia, se trate de funciones privadas²⁶.

Como se puede apreciar, los autores adoptan diversas posiciones, pero hay algo en lo que están de acuerdo la mayoría de ellos. Existe una gran dificultad para dar un concepto definitivo a la función pública. Ello debido a la creación por parte de la

²² Art. 357 CPi “A los efectos de la ley penal, son oficiales públicos los que ejercen una función pública de carácter legislativo, judicial o administrativo. A los mismos efectos, es pública la función administrativa disciplinada por normas de derecho público y de actos autoritativos, y caracterizada por la formación y manifestación de la voluntad de la administración pública o de su desarrollo a través de poderes autoritativos o certificativos”.

²³ Art. 358 CPi “A los efectos de la ley penal, son encargados de un servicio público los que, a cualquier título, prestan un servicio público. Debe entenderse por “servicio público”, una actividad disciplinada en las mismas formas de la función pública pero caracterizada por la falta de los poderes típicos de esta última y con exclusión del desarrollo de tareas de orden y de la prestación de trabajos meramente materiales”. Si se quiere profundizar sobre el concepto penal de funcionario público, y sobre los conceptos de función y servicio públicos”, véase entre otros a PAGLIARO, A. *Principi di diritto penale. Parte speciale*” Ed. Giuffrè, Milano, 2008, pp. 10 y ss.

²⁴ En esta posición QUERALT JIMENEZ, J.J. “El concepto penal de funcionario público”, en *Cuadernos de Política-Criminal*, nº27, Madrid, 1985, p. 481 y 482 y JAVATO MARTÍN, A.Mª. “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, cit., pp. 158 y 159.

²⁵ En este sentido, VALEIJE ALVAREZ, I. “Reflexiones sobre los conceptos de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, en *Cuadernos de política criminal*, nº 62, 1997, pp. 473 y ss.

²⁶ En similar posición, COBO DEL ROSAL, M. “Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español. (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales), cit., p.230.

Administración Pública de entes instrumentales, regidos por el Derecho privado, que conforma parte de lo que se denomina Administración Institucional, y que es explicado en su momento²⁷. Conviene ahora, por lo tanto, a efectos prácticos, analizar cómo interpreta la Jurisprudencia este concepto.

Tal y como expone el Tribunal Supremo²⁸, *“la Doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación (...) la Jurisprudencia²⁹, por su parte, ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos.”*

Del último párrafo, se pueden deducir tres requisitos que deben concurrir para denominar a una actividad como función pública según la Jurisprudencia³⁰:

1. Requisito subjetivo: Son funciones públicas, las realizadas por entes públicos.
2. Requisito objetivo: Es función pública la realizada con sometimiento al derecho público.
3. Requisito teleológico: Es función pública aquella que persigue fines o intereses públicos.

Esta es la posición mayoritaria en la Doctrina³¹, y lo que autores como JAVATO MARTÍN³² o VIVES ANTÓN³³ han denominado la tesis mixta, ya que otros defienden uno u otro elemento, pero en este caso se exige la concurrencia de los tres³⁴.

²⁷ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª ed., Valencia, 1990, p. 746; QUERALT JIMENEZ, J.J., “El concepto penal de funcionario público”, cit., p. 481; JAVATO MARTÍN, A.Mª “El concepto de funcionario público a efectos penales”, cit., p. 157; RAMÓN RIBAS, E. “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (Concepto de funcionario público)”, cit., p.185.

²⁸ STS núm. 1030/2007 de 4 diciembre.

²⁹ Véanse las SSTs, 1292/2000, de 10 de Julio; 1344/2004, de 23 de Diciembre y 186/2012, de 14 de Marzo.

³⁰ De la misma forma lo expone, DELGADO MARTÍNEZ, M.J. “La responsabilidad de la Administración derivada de los delitos y faltas cometidos por sus funcionarios o la autoridad”, en *Revista Mágica*, nº9, 2010, pp. 71 y 72.

³¹ Así identificada por JAVATO MARTÍN, A.Mª “El concepto de funcionario público a efectos penales”, cit., p.160, citando a numerosos autores partidarios de tal teoría.

³² JAVATO MARTÍN, A.Mª “El concepto de funcionario público a efectos penales”, cit., p.157.

³³ Esta teoría es defendida entre otros, por VIVES ANTÓN, T. en COBO DEL ROSAL, M. “Derecho Penal. Parte especial”, 3ª ed., Valencia, 1990, p. 150.

³⁴ Un amplio análisis de las posturas de los diferentes autores, se encuentra en el estudio realizado por JAVATO MARTÍN, ANTONIO Mª. en “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales” cit., p. 160. También de forma más extensa en ARMENDÁRIZ LEÓN, Mª. C. *El tipo de injusto en el delito de desacato*, Tomo II, Madrid, 1995, pp. 355 y ss.

Sin embargo, aunque en numerosos pronunciamientos, se tome la posición expuesta, lo cierto es que tampoco en la jurisprudencia se puede encontrar un concepto fijo y cerrado de función pública, sino que se atiende al caso concreto. Ejemplo de ello es lo expuesto en la STS 68/2003 de 27 de Enero. En la misma se abandona la tesis mixta, para adoptar una posición teleológica o finalista. Así, se dice en la sentencia que *“esa participación en el ejercicio de funciones públicas puede presentarse tanto en la Administración del Estado, Comunidades Autónomas, y Entidades Locales como en la llamada Administración Institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que “cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública”*³⁵

En consonancia con la línea argumental de este trabajo, esta última interpretación de base teleológica es la más acertada. Efectivamente se atiende a la finalidad, y ello es lo más apropiado de cara a la incipiente creación por las Administraciones Públicas de entes con formas jurídico-privadas que escaparían del control penal en el caso en que se recurriera a los otros requisitos considerados.

Esa es la opción que otros países de la Unión Europea han seguido, como por ejemplo en Italia, donde desde 1990 la condición de funcionario, se adquiere en función de las características de la actividad realizada por el sujeto, que tiene que ser funcional a la persecución de un interés público.³⁶

2.2.3. Requisito subjetivo: El título habilitante

Como se ha dicho anteriormente, y así ha sido sostenido por la Jurisprudencia, no es suficiente la simple participación en la función pública para cumplir el tipo, sino que el art. 24.2 CP exige algo más. Se trata del título habilitante, o la forma de acceso, que serán, a tenor del precepto la *“disposición inmediata de la ley o elección, o nombramiento por autoridad competente”*.

³⁵ SSTs de 22 de Abril de 2004 (RJ 2005, 1415) y 1590/2003 de 22 de Abril.

³⁶ PETRUCCI, R./PEZZANO, R. *Codice Penale Esplicato con commento essenziale articolo per articolo e schemi a lettura guidata*, Napoli, 2015, p. 306.

De no observarse su concurrencia, se atentaría al principio de legalidad, lo que hace a este requisito igual de importante que el anterior a la hora de observar su cumplimiento, a pesar de no tener la consideración de esencial o nuclear (como denomina la Doctrina y la Jurisprudencia al elemento objetivo). Por ello, tal y como defienden algunos autores³⁷, se debe distinguir entre funcionarios a efectos penales y los funcionarios de hecho o particulares que asumen funciones públicas. El criterio diferenciador es la forma de designación, es decir, que para ser considerado funcionario a efectos penales, ha de existir una relación jurídica entre el sujeto y el ente al que se incorpora en virtud de alguno de los títulos que requiere el art. 24.2 CP, además de la participación en el ejercicio de funciones públicas.

Para resaltar la trascendencia de este requisito, resulta adecuado demostrar que de no existir, podrían ser consideradas funcionarios públicos a efectos penales aquellas personas que detienen a un delincuente en fuga, pues se trata de una función pública si nos basamos en la concepción teleológica anteriormente explicada. Se denota así la importancia de los dos requisitos previstos en el art. 24.2 CP. En la misma postura se posiciona NIETO MARTÍN³⁸, refiriéndose a los auditores y afirmando que por mucho que político-criminalmente conduzca a resultados satisfactorios obviar o ignorar el requisito subjetivo, fijándose solo en la participación en la función pública del sujeto activo, ello resulta contrario al principio de legalidad. Otro ejemplo de *reductio ad absurdum*, es citado por LORENTE VELASCO³⁹, precisando que si un particular auxilia a un funcionario agredido, podría catalogarse de una función pública, pero no por ello tiene la categoría penal de funcionario público.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha admitido en su Sentencia de 28 de Marzo de 2003⁴⁰, que la condición de funcionario se adquiere mediante cualquier tipo de normas, desde leyes orgánicas hasta órdenes ministeriales, por lo que sostiene una interpretación amplia del término “Ley”.

³⁷ Entre ellos VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, cit., pp. 435-498.

³⁸ NIETO MARTÍN, A. *El régimen penal de los auditores de cuentas en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos:* in *memorian*, vol.2, Castilla La Mancha, 2001, pp.407 y ss.

³⁹ LORENTE VELASCO, S. M^a. *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Madrid, 2011, p. 76.

⁴⁰ STS 28 de Marzo de 2003 (2003/6569)

A continuación, se realiza un estudio de cada forma de acceso o título habilitante, para despejar dudas o problemas a la hora de su interpretación y aplicación, recurriendo para ello a la doctrina y jurisprudencia existente al efecto:

2.2.3.1 Disposición inmediata de la Ley

El art. 24.2 CP prevé como primera forma de acceso a la condición de funcionario penal, la disposición inmediata de la Ley.

Existen dos polémicas referidas a la magnitud o alcance que debe darse al concepto “Ley” en este precepto. Por un lado, hay autores⁴¹ que defienden una interpretación restrictiva, considerando que el Legislador, cuando hace referencia a “*la disposición inmediata de la Ley*”, alude únicamente a las normas jurídicas con tal fuerza. De esta forma, solamente las disposiciones con fuerza de Ley así previstas en la Constitución Española son las válidas para habilitar la condición de funcionario público a un sujeto. Los defensores de esta posición, justifican la misma considerando que de seguirse otra postura, se extendería el ámbito de lo punible en perjuicio del reo. Ello quiere decir que los delitos especiales previstos para los funcionarios públicos, adquirirían una mayor extensión, perjudicando en definitiva al reo sin tener para ello una base legal que lo sostenga.

Por otra parte, otro sector doctrinal menos restrictivo, defiende una interpretación amplia del término “Ley”, que apuesta por incluir en él toda norma jurídica con carácter general. La justificación que utilizan los autores propios de dicho sector es variada, entre las que destacan dos. La primera es obra de DEL TORO MARZAL⁴², manteniendo que de forma muy inusual, una ley formal otorga a una persona una concreta función pública. En cambio, este punto de vista trata de ser refutado por GRIMA LIZANDRA⁴³, manifestando que los títulos a los que se refiere el art. 24.2 CP no son de “adscripción” a la función pública, sino de participación, anunciando el mismo autor que no resulta excepcional que las leyes en sentido estricto atribuyan la participación en el ejercicio de

⁴¹ Entre ellos, QUERALT JIMENEZ, J.J. “El concepto penal de funcionario público”, cit., pp. 477-508 y LORENTE VELASCO, S. M^a. *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, cit., pp. 77 y ss.

⁴² DEL TORO MARZAL, A. *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Barcelona, 1972, p. 735.

⁴³ GRIMA LIZANDRA V. *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Valencia, 1998, pp. 86 y 87.

funciones públicas a personas que no son funcionarios a efectos administrativos, aportando como ejemplo el artículo 435 CP, que convierte a efecto penales en funcionarios públicos a personas particulares⁴⁴. La segunda justificación resaltada, es la que lleva a cabo VALEIJE ÁLVAREZ⁴⁵, quien critica a los defensores de la interpretación restrictiva aduciendo que “teniendo en cuenta que el art. 24.2 CP permite acceder al estatus de funcionario por nombramiento de autoridad competente, ¿por qué no por un Decreto u otra disposición? (máxime si se tiene en cuenta que la autoridad puede ser competente para emanar tales disposiciones)”. Esta autora defiende por otro lado, un concepto de Ley que se refiere, en definitiva, al acto de nombramiento de los funcionarios de carrera, refiriéndose principalmente como percibe JAVATO MARTÍN⁴⁶, a la resolución u orden ministerial que se publica en el BOE, indicativa de un nombramiento legal por el que se establece una relación entre el sujeto y el ente al que se incorpora. El mismo autor opina que esta última interpretación es la más adecuada por razones sistemáticas, tal como manifestaba la anterior autora.

2.2.3.2. Elección

La elección representa la segunda vía de acceso a la condición de funcionario a efectos penales ex art. 24.2 CP. Conceptualmente se puede definir como el nombramiento realizado mediante votación para que se adscriba a un sujeto con un cargo. Como ya se vio a su momento en la revisión histórica, con la publicación del Código Penal de 1944 se eliminó del texto del artículo el adjetivo “popular”. Con ello, tal y como defienden varios autores⁴⁷, a través del presente título se ha extendido su eficacia a las votaciones secundarias y terciarias, o dicho de otra forma, se incluyen bajo el concepto de elección tanto las elecciones directas, como las indirectas. Por lo tanto, consiguientemente a la eliminación del término “popular”, destacan en este título de habilitación los cargos electos de representación política, pudiéndose, también, considerar con cargo a esa forma

⁴⁴ En efecto, el art.435 CP extiende el ámbito de posibles sujetos activos de los Delitos de malversación a aquellos particulares que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos públicos.

⁴⁵ VALEIJE ALVAREZ, I. "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública" cit., p. 453.

⁴⁶ JAVATO MARTÍN, A. M^a. "El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales", cit., p. 165.

⁴⁷ Esta opinión es defendida por varios autores, entre ellos, JAVATO MARTÍN, ANTONIO M^a, "El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales", cit., pp. 145-172 y CANTERO CERQUELLA, C.J. *La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales*, Madrid, 2010, pp. 203 y ss.

de acceso no solo a los parlamentarios elegidos mediante sufragio universal por los ciudadanos, sino también a los alcaldes, concejales etc.

2.2.3.3. *Nombramiento de autoridad competente*

El último título para adquirir la condición de funcionario público a efectos penales, es el nombramiento de autoridad competente. La jurisprudencia que utiliza esta forma de acceso para considerar a un sujeto es muy variada, teniendo como denominador común en todas sus resoluciones la siguiente afirmación: *“no importa ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta o importante que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de previsión, ni la estabilidad o temporalidad, resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento”*⁴⁸. Se puede deducir así, que en consonancia con lo que pasaba con el concepto penal de funcionario público, la noción de nombramiento en este ámbito, es también más amplia que la ofrecida por el Derecho Administrativo, no equivaliendo por ello, como indica JAVATO MARTÍN⁴⁹, al acto formal por el que un sujeto accede a la carrera funcionarial.

De nuevo en este apartado, la doctrina está dividida, y los partidarios de la interpretación restrictiva del término “Ley” que ya se ha analizado en su momento, entienden a su vez que el nombramiento solo puede llevarse a cabo mediante una norma jurídica con rango de Ley, y no con otra de fuerza inferior. Ello lleva a otros autores, concretamente a RAMÓN RIBAS⁵⁰, a entender que aquella interpretación vaciaría de contenido, aun parcialmente, a uno de los tres títulos habilitantes que el Legislador establece, es decir, al nombramiento de autoridad competente⁵¹.

Por su parte, y más acorde con la jurisprudencia actual ya citada y expuesta, VALEIJE ALVAREZ⁵² mantiene una interpretación amplia y entiende que bajo la

⁴⁸ Entre otras SSTs de 11 de octubre de 1.993; 4 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 81] y de 27 de enero de 2003 [RJ 2003, 1033].

⁴⁹ JAVATO MARTÍN, A. Mª "El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales", cit., p. 166.

⁵⁰ RAMÓN RIBAS, E. "La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)", cit., pp. 199 y 200.

⁵¹ En la misma posición, COBO DEL ROSAL, M. *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2000, p. 54.

⁵² VALEIJE ALVAREZ, I. "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública", cit., p. 458.

presente forma de acceso, caben los funcionarios interinos, los contratados administrativos, y el personal laboral temporal, y no solamente los funcionarios eventuales o de confianza política, a quienes en un principio se pensaba que iba dirigido en exclusiva dicho título.

Con todo ello, se desprende una idea que tanto VALEIJE ÁLVAREZ, como RAMÓN RIBAS se han encargado de plasmar en sus respectivos estudios. Esta se refiere a que a efectos penales, existen dos categorías de funcionarios en función del tipo de nombramiento, que podrá ser legal o de autoridad competente, y más específicamente:

-Nombramiento legal, o disposición inmediata de la Ley: Aquí se encontrarían los funcionarios de carrera, que son aquellos que prestan servicios a la Administración Pública a cambio de una retribución, y cuya relación estatutaria es sometida al Derecho Administrativo.

-Nombramiento de autoridad competente: En este tipo, se incluirían a los demás funcionarios que no encajan en los anteriores, que como ya hemos mencionado, son los funcionarios interinos, eventuales, los contratados administrativos, y el personal laboral de la administración⁵³.

3. LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL Y LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

3.1. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL

Una vez llegados a este punto, habiéndose expuesto varias de las problemáticas que coexisten en el ámbito de los Delitos especiales en general y de la Administración Pública en concreto, se va a analizar en este epígrafe otro ámbito nebuloso o poco claro. Se trata de ver como un fenómeno ampliamente conocido en el mundo jurídico, como es la *Huida del Derecho Administrativo*, tiene incidencias dogmáticas en el mundo penal.

⁵³ Un amplio análisis de todos ellos lo realiza RAMÓN RIBAS, E. "La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)", *cit.*, pp. 202 a 205.

Para ello se va a hacer uso de lo ilustrado en los epígrafes precedentes, además de analizar dos de las últimas sentencias en la materia.

3.1.1. Consideraciones generales y planteamiento del problema

Resulta necesario, en aras a una mayor comprensión, hacer alusión a algo que se ha mencionado anteriormente con el objeto de desarrollarlo. Se trata del recurso de la Administración Pública a la creación de entes instrumentales no regidos por Derecho Público que conforman parte de lo que se conoce como *Administración Institucional*. Ésta se integra de diferentes formas⁵⁴, entre las que nos interesan las Sociedades Mercantiles o Empresas Públicas. Se trata de entes con personalidad jurídica privada, que se rigen igualmente por el ordenamiento privado, y que adoptan con frecuencia las formas de Sociedad Anónima y Sociedad Limitada, rigiéndose de esa manera por el Derecho Mercantil como cualquier otra sociedad de capital⁵⁵. Será en esta tipología en donde se encontrarán dificultades prácticas a la hora de determinar si las conductas llevadas a cabo por los sujetos integrantes, podrán dar lugar a delitos contra la Administración Pública o no. Se antoja necesario recordar que se tratan de delitos especiales, y que además su bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración.

En síntesis, lo que busca la Administración cuando recurre a la creación de estas estructuras subjetivizadas, es la agilidad y celeridad del Derecho privado evitando así la rigidez de los trámites burocráticos preceptivos en el ordenamiento administrativo. Ello comporta de forma segura menores garantías, pero no es en este trabajo donde se debe indagar, pues es más propio del Derecho Administrativo.

Por su parte, es también conveniente manifestar qué es lo que se entiende formalmente con la expresión *Huida del Derecho Administrativo*, como concepto íntimamente ligado al de Administración Institucional. Para ello, nada mejor que acudir

⁵⁴ La Administración Institucional está conformada por los Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales, Agencias Estatales y Empresas Públicas.

⁵⁵ Véase en ese sentido a MARTÍN REBOLLO, L. *Leyes administrativas*, 17ª ed., Pamplona, 2011, pp. 836 y ss.

a los diferentes autores de la rama administrativa que han dado una definición de tal fenómeno, entre los que se encuentra a SAZ CORDERO⁵⁶ que dispone lo siguiente:

La Huida del Derecho Administrativo se trata de la “aplicación indiscriminada del Derecho privado que se concreta en la huida de los procedimientos administrativos de control del gasto tachados de lentos, ineficaces e inadecuados, en la disminución de los controles y garantías para la enajenación de los bienes patrimoniales y en la fuga de los procedimientos de selección de contratistas y régimen de funcionarios. En resumen, esta aplicación del Derecho privado se centra sobre todo en la actividad medial o logística de la Administración, precisamente aquella que en la actualidad representa la mayor parte del gasto público. Se trata en definitiva (...) de contratar sin los procedimientos y controles tradicionales, incluso a costa de renunciar a los privilegios o «prerrogativas en más» que la calificación de administrativo de los contratos de la Administración conlleva, todo ello a cambio de aprovechar un Derecho privado que hoy por hoy no cuenta con procedimientos adecuados de control en el gasto del dinero público y que permite a la Administración y sus administradores actuar con una casi total impunidad”.

Lo cierto es que lo expuesto, representa la concepción clásica del fenómeno, aludiendo a los problemas de impunidad que la doctrina identifica en el uso de estas formas de gestión. Por ello, y como bien expone SANCHEZ LERMA⁵⁷, dado el elevado número de irregularidades y corruptelas que se han detectado a lo largo de los años y sobre todo en la actualidad, se ha provocado una reacción contraria al aumento

⁵⁶ DEL SAZ CORDERO, S. “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones: aplausos y críticas” en *Revista de administración pública*, nº. 133, 1994, pp. 59 Y ss. Véase entre otros también a MARTÍN REBOLLO, L. “Personalidad jurídica y Huida del Derecho Administrativo (Reflexiones sobre el caso español)” en *Revista da faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Oporto, 2008 p. 328, “Y es entonces cuando surge la tentación de la huida. La huida del juridicismo, se ha venido diciendo. Es decir, la ruptura del inestable equilibrio aludido entre eficacia y control a costa de este último. La búsqueda de la eficacia desde parámetros estrictamente empresariales, con modos de actuación típicos de la empresa privada, con formas organizativas propias de las organizaciones de ese carácter, lo que en sí mismo no es reprochable, pero que plantea la difícil cuestión de si es posible ser eficaz a cualquier precio. Sucede que cuando de entes públicos se trata en ese precio no se puede incluir la huida del control, la huida de la garantía, la huida del sometimiento “pleno a la Ley y al Derecho”; PASCUAL GARCIA, J. “La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público” en *Presupuesto y Gasto Público*, nº 60, p. 110, “la expresión huida del Derecho administrativo» para referirse a las consecuencias de la creación de distintas fórmulas organizativas en el ámbito del sector público que, pese a perseguir fines de interés general, su personalidad es privada o que, aun ostentando la condición de organismo público, se rigen en mayor o menor medida por el Derecho privado. La expresión es muy gráfica y de ahí la fortuna que ha hecho” y MARTÍN-RETORTILLO, S. “Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo. Revista de administración pública”, en *Revista de administración pública*, nº 140, 1996, pp.25-68.

⁵⁷ SANCHEZ LERMA, G. A. “Responsabilidad contable y gestión en las sociedades públicas” en *Auditoría Pública*, nº64, p. 105 (Fecha de última consulta 17/11/2015 en <http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/Pag%20105-122%20%20n%C2%BA%2064.pdf>).

desmesurado de estas formaciones instrumentales de la Administración, haciendo que el Legislador limite o controle este tipo de entes⁵⁸. Surgen consecuentemente dos cuestiones:

1. Dado el carácter privado y no sujeto al Derecho Administrativo de las Empresas Públicas, siendo equiparadas en consecuencia a las sociedades mercantiles ¿son sus miembros considerados funcionarios, y por ende, sujetos activos de los diferentes delitos especiales?

2. ¿Podrán ser considerados sus fondos como públicos y en consecuencia objeto de protección de un Delito de malversación?

A continuación se tratará sobre la solución de ambas preguntas atendiendo a lo ya conocido y contrastándolo con la doctrina ya estudiada, y la jurisprudencia más actual sobre la materia.

3.1.2. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia. Especial consideración de la STSJ de Cantabria 1/2014 de 8 de abril

En efecto, la cuestión principal que hay que resolver en orden a la posible autoría de los sujetos que prestan servicios en las Sociedades Mercantiles Públicas afecta a la consideración de sus miembros, y más precisamente, a si ellos tienen la condición de funcionarios públicos a efectos penales o no.

Esta cuestión ha sido tratada recientemente por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. De forma concreta, en la Sentencia 1/2014 de 8 de Abril, conocido mediáticamente como *El caso de la casa de los gorilas*. Antes de entrar al fondo del

⁵⁸ Véase a modo de ejemplo la Ley 27/2013 de 27 de Diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local donde “se trata también de limitar la “huida del derecho administrativo” en la prestación de servicios públicos locales, disponiendo que únicamente podrá hacerse uso para ello de la forma de entidad pública empresarial o sociedad mercantil local cuando resulten más sostenibles y eficientes que las otras tres fórmulas previstas (gestión directa, gestión por la propia entidad local y organismo autónomo local), lo que se acreditará mediante memoria justificativa, que habrá de elevarse al Pleno para su aprobación, debiendo asimismo emitir informe el interventor local sobre la sostenibilidad financiera y la eficiencia de las propuestas planteadas”. Fragmento extraído de LOZANO CUTANDA, B. “Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Análisis de las principales reformas”, en *Diario La Ley*, nº 8156, pp. 3 y ss.

asunto, se han de exponer los hechos que fundamentaron la Sentencia que a continuación se va a estudiar. De forma sintética, son los siguientes:

Los hechos probados durante el juicio fueron que D. LM, Diputado del Parlamento de Cantabria, era Presidente de la Sociedad Regional Cántabra de promoción Turística S.A. (CANTUR), Sociedad mercantil de capital íntegramente público, por su condición de Consejero de Cultura, Turismo y Deporte. Entre Junio de 2004 y enero de 2007 el Sr. LM, en su condición de Presidente de CANTUR, y D. DHC, Director Gerente con facultades contractuales limitadas, obviando las exigencias legales de publicidad y libre concurrencia, realizaron las siguientes actuaciones en la construcción de la “Casa de los gorilas” en el Parque de la Naturaleza de Cabárceno:

- Contratación del arquitecto Don EdFAT, para la redacción del proyecto y la dirección de las obras, por un importe total para el despacho de arquitectos de 103.941,29 euros.

- Contratación del arquitecto técnico D. JICU para la dirección de obra y coordinación de seguridad por importe de 35.061 euros.

- Contratación de la empresa Construcciones Queveda S.L. para la construcción, con aporte de materiales, de la “Casa de los Gorilas” con un edificio anexo por un importe total de 1.601.785,90 euros. Las obras se realizaron sobre suelo no urbanizable y sin disponer de la autorización de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo (CROTU), ni licencia municipal de obras. El edificio anexo se construyó sin Proyecto arquitectónico.

Por su parte, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular han calificado los hechos como constitutivos de un Delito de prevaricación penado en el art. 404 CP considerando criminalmente responsables a Don L.M. y Don D.H.C.

Conviene mencionar que el Delito de prevaricación del art. 404 CP se trata de un Delito especial propio con la consecuencia, como ya se sabe, de que sólo puede ser sujeto activo quien posea la condición o cualidad de funcionario público, no teniendo la conducta tipificada correspondencia con un delito común⁵⁹. En base a esto, el TSJC ha

⁵⁹ Por su parte, el objeto que se pretende proteger con este delito es, como destaca QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al Código Penal Español*, cit., p. 1556, “el debido respeto del principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, como principio esencial al que debe someterse la actividad pública en un estado social y democrático de Derecho”

decidido que ambos sujetos no pueden ser considerados sujetos activos de un delito de prevaricación al considerar que tales personas no han sido designadas de acuerdo al art. 24.2 CP⁶⁰. Recuérdese que las tres vías de acceso eran la disposición inmediata de la ley y la elección o nombramiento por autoridad competente, lo que se conoce como requisito subjetivo. Esto fue uno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal para su absolución. Además, se dice también que el asunto de que se trata no tiene naturaleza administrativa, lo que hace concluir que no se cumple tampoco el requisito objetivo⁶¹.

En el análisis que se hizo del art. 24.2 CP ya se matizó que el concepto penal de funcionario público no coincidía con el que se daba en el ámbito administrativo, siendo aquel más amplio, pues una de las cosas a determinar por el juzgador era el requisito objetivo, es decir, la participación en una función pública. Este criterio se considera cumplido, conforme a la concepción finalista o teleológica que aquí se defiende, en el momento en que se precisa que con el fin de agilizar tráfico jurídico, la Administración puede crear empresas con capital íntegramente público con el objeto de escapar del lento ordenamiento administrativo (lo que ya se denominado *Huida del Derecho Administrativo*). El voto particular existente en esta Sentencia⁶² ha evidenciado que esas Sociedades Mercantiles cumplen al igual que la Administración funciones públicas conforme a aquella concepción finalista. Para ello se cita a la STS de 5 de Febrero de 1993 que dice que *“si bien estas sociedades de ente público adoptan externamente y frente a terceros una forma personificada de carácter privado, “ad intra”, las relaciones jurídicas establecidas pertenecen a la órbita del Derecho público, pues de una relación jurídico-pública se trata, al estar gestionando intereses públicos y colectivos. Lo que representa que, aunque en la gestión utilicen los medios más ágiles del “ius privatum”, lo que están ejercitando es una función pública”*.

Este carácter público se evidencia aún más cuando acudiendo a los estatutos de la Sociedad se descubre que su objeto es la realización de un servicio público, como es “promover el deporte de alta montaña y el turismo en la región de Cantabria,

⁶⁰F.J CUARTO: “Las dudas sobre la posibilidad de que una persona que no haya sido designada de alguna de las formas que requiere el art. 24 CP pueda ser funcionario o autoridad a efectos penales son muy complejas, máxime cuando las sociedades públicas no pueden ejercitar facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”.

⁶¹ F.J. CUARTO: “Para las defensas, el hecho de que el asunto carezca de naturaleza administrativa, les hace concluir que, los sujetos que participan en el mismo, no son sujetos activos del delito, por no concurrir los requisitos del artículo 24 del Código Penal”.

⁶² De la Magistrada Doña Paz Hidalgo Bermejo.

especialmente en las zonas en las que estas manifestaciones no existan o sean insuficientes”.

Con esto último se considera satisfecho el requisito objetivo del concepto de funcionario, quedando entonces por constatar el cumplimiento del requisito subjetivo. Éste también se considera realizado cuando se pone de manifiesto que Don L.M. es Presidente del Consejo de Administración y representante del socio único del Gobierno de Cantabria en su calidad de Consejero de Cultura, Turismo y Deporte. Por otro lado, Don D.H.C es nombrado Director Gerente de CANTUR a propuesta del Presidente del Consejo, es decir, por L.M mediante un contrato de alta dirección de carácter laboral, algo que como ya se estudió en su momento, resulta perfectamente relevante en orden a cumplir el requisito subjetivo.

Recapitulando, ambos requisitos para ser considerado funcionario público a efectos penales se dan en los dos sujetos aquí enjuiciados por los motivos expuestos, y esta es la línea que sigue el voto particular de esta Sentencia⁶³. En cambio, la mayoría del tribunal estimó que no se daban, absolviéndolos de toda responsabilidad penal.

De forma alternativa, existe reiterada jurisprudencia⁶⁴ en la cual se consideran como conductas constitutivas de prevaricación, aquellas llevadas a cabo en sociedades públicas que incumplen la normativa administrativa sobre contratos que les son aplicables. En cambio, en la STS de 28 de Febrero de 2014, se sostiene que el incumplimiento de las normas contractuales públicas aplicables a tales sociedades, por parte de un sujeto que cumple con el requisito subjetivo, no puede considerarse como constitutivo de un delito de prevaricación por entender el tribunal que “*la actividad contractual de la sociedad pública no es administrativa, sino que se rige por el Derecho*

⁶³ F.J CUARTO del Voto Particular: “Una conclusión distinta no puede mantenerse en el caso de la Empresa Pública CANTUR, que desarrolla una actuación en la que concurre un interés público que responde a ese concepto amplio de función pública(...). En consecuencia, Don DH, trabajador (...) con un contrato de alta dirección, suscrito con el Presidente de CANTUR, aunque su relación se regule por normas no públicas, conforme a la doctrina jurisprudencial, tiene la consideración de funcionario público a efectos penales y Don LM reúne la condición de autoridad, por su condición de Consejero del Gobierno de Cantabria(...). Los acusados participaban del ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente. Es el Gobierno de Cantabria, como socio único de CANTUR, a través del Consejo de Gobierno el que nombra los consejeros, y es el Sr. LM, como Consejero del Gobierno de Cantabria, y representante del socio único, el que actúa en esa cualidad como Presidente de CANTUR, representando a la autoridad pública titular de los intereses que gestiona CANTUR”.

⁶⁴ Véanse por ejemplo las SSTS de 5 de Octubre de 2012 y 5 de Julio de 2013.

privado”. De nuevo aquí, se mantiene una posición que no atiende al fin de la Sociedad, y conlleva por ello a un resultado “injusto” desde el punto de vista político-criminal.

En conclusión, se trata de hacer ver con estas sentencias la importancia vital que tiene entender el concepto penal de funcionario público, como se ha hecho al principio del presente trabajo, con el objeto de evitar fundamentos erróneos como los vertidos en el caso de la *casa de los gorilas* por la mayoría del tribunal. Se dice erróneos, pues queda demostrado por parte del voto particular que efectivamente se cumplen los requisitos necesarios, que también aquí se han analizado en profundidad en su momento, de participación en la función pública, y existencia de un título habilitante.

En cambio, pueden existir otras formas de gestión creadas por la Administración Pública que se rijan por el Derecho privado a todos los efectos pero que no tengan como objeto un servicio público. En estos casos no podría calificarse a los sujetos integrantes de la misma como funcionarios públicos a efectos penales, pues no desarrollan una función pública. Se deduce así que lo relevante entonces para determinar tal condición en las Empresas o Sociedades públicas, es que tengan como objeto un servicio público⁶⁵ y que tales sujetos hayan sido integrados en la Sociedad como consecuencia de su condición previa como personalidad pública, o mediante nombramiento por autoridad competente independientemente de cómo se formalice este⁶⁶. Ello es así porque el concepto penal de funcionario público se establece sobre bases materiales y no en la simple apariencia, es decir, se atiende “a la realidad esencial y no al ropaje formal” que se le da a tales entes⁶⁷.

Finalmente, existieron otros argumentos esgrimidos por el tribunal y puestos en entredicho en el Voto Particular a los cuales se remite⁶⁸.

⁶⁵ A tal efecto la STS de 27 de enero de 2003, “(...) cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública”.

⁶⁶ Igualmente la SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993, “(...) resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona”.

⁶⁷ En este sentido, la STS 166/2014, de 28 de Febrero “El concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo (...) se impone en este punto, más que en otros, un ponderado levantamiento del velo”.

⁶⁸ Entre otros, la (no) naturaleza de asunto administrativo exigida por el tipo del 404 CP como elemento típico. Este argumento es criticado en el voto particular y también por SANCHEZ LERMA, G.A. “Responsabilidad contable y gestión en las sociedades públicas”, cit., p. 109.

3.2. EL PROBLEMA DE LOS FONDOS EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS.

Puesto que las Empresas o Sociedades públicas pueden tener como objeto servir a los intereses generales, cabe realizarse la pregunta de si los fondos de las que éstas disponen, tienen carácter privado o, en cambio, pueden ser considerados públicos. Propender por una u otra solución no es sin consecuencias, de hecho, si los fondos se consideran públicos, pueden ser considerados objeto de protección del Delito de malversación, que a continuación se analizará.

Lo cierto es que no existe un concepto penal legal de lo que se debe entender por *fondos públicos*, por ello es la Jurisprudencia la que se tiene que encargar de generar unos criterios que permitan determinar si se tratan o no de aquellos.

Es importante saber que existen diferentes tipologías de empresas públicas en el Sector Público en orden a la participación de capital que la Administración Pública tenga en las mismas. Existen por un lado, empresas públicas donde la Administración participa en su capital social de forma mayoritaria (en un 51% o más), y por otro lado hay otras donde la participación es total⁶⁹. A las primeras se las denomina *Sociedades de Economía Mixta* y a las segundas *Sociedades de Exclusivo Capital Público*. Esta diferenciación es la que va a servir a la Jurisprudencia para determinar si se pueden considerar o no públicos los fondos de tales sociedades⁷⁰. Se analizará a posteriori una Sentencia del Tribunal Supremo catalogada como pionera en la materia⁷¹. Si bien, antes conviene analizar de manera sinóptica los Delitos de malversación en los puntos que aquí interesan.

⁶⁹Artículo 3 de Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: 1. *A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.*

⁷⁰Existen otros autores que investigan sobre la responsabilidad penal de las Sociedades mercantiles públicas en base al art. 31 CP, como por ejemplo MILANS DEL BOSCH, S. y DE URRÍES, J., 2014. “Sociedad mercantil local: el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal”, en *Cuadernos de derecho local*, nº35, pp. 121-139.

⁷¹ Así catalogada en los medios de comunicación tanto especializados como generales. A modo de ejemplo los siguientes links que enlazan con la noticia en diferentes medios:

http://www.elconfidencial.com/espana/2014-10-27/el-tribunal-supremo-extiende-el-delito-de-malversacion-a-todas-las-empresas-publicas_411208/.

<http://boadellaisteve.cat/es/las-sociedades-publicas-y-la-malversacion-de-fondos-publicos/> [Fecha de última consulta 17/11/2015].

3.2.1. Delitos de malversación de fondos públicos

Los Delitos de malversación de fondos o caudales públicos en sus distintas modalidades están recogidos en los arts. 432 a 435 del Código Penal. En efecto, existen diversas conductas típicas en relación a este tipo de delitos, pero se puede admitir que el objeto que protegen todos ellos es el patrimonio adscrito al Estado, entendido este en un sentido amplio, es decir, incluyendo a las Comunidades Autónomas, Entes Locales, Institutos Autónomos y el patrimonio depositado por particulares en Entidades Públicas⁷². Se puede decir que se tratan de delitos patrimoniales. Por su parte el Tribunal Supremo ha destacado que con la realización de esas conductas, no se afecta en exclusiva al patrimonio del Estado, y atribuye a estos delitos un carácter “pluriofensivo”. En la STS de 24 de Octubre de 2012 se dice que la naturaleza pluriofensiva se manifiesta *“de un lado, en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fe pública o la confianza en la correcta actuación administrativa; y de otra parte en su dimensión como delito patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Estado o contra la Hacienda Pública”*.

En lo referente a los posibles sujetos activos de los distintos tipos que aquí se estudian, se realiza por la Doctrina una distinción. Por un lado están los Delitos de malversación propia, que son aquellos en los cuales el círculo de sujetos activos está limitado en exclusiva a funcionarios públicos (arts. 432, 433 y 434 CP). Por otro lado, el art. 435 CP recoge un tipo de malversación impropia pues solo puede ser cometida por particulares que sin tener la condición de funcionarios públicos, estén encargados de fondos o rentas de tal naturaleza. Todos ellos son supuestos de Delitos especiales impropios, teniendo como señala GARROCHO SALCEDO⁷³, su correlativo en el delito de administración desleal (art.252 CP) y de apropiación indebida (art. 253 CP)⁷⁴.

⁷² VIADA BARDAJÍ, S. “Corrupción en la vida pública: La malversación de caudales públicos”, en Revista de la Abogacía Española, el 16-1-2014. Disponible en <http://www.abogacia.es/2014/01/16/la-malversacion-de-caudales-publicos> [Fecha de última consulta: 17/11/2015].

⁷³ GARROCHO SALCEDO, A. M. “*Los delitos de malversación*”, cit., p. 270.

⁷⁴ Sin embargo existen opiniones discordantes en cuanto a los tipos de delitos especiales de que se tratan. Concretamente ROCA AGAPITO, L. Lección 14ª – *Malversación en Tratado de derecho penal español. Parte especial III, Delitos contra las administraciones públicas y de justicia*, 2013, pp. 500 y ss., dispone que “consideramos (...) que la malversación es un Delito especial propio. La condición especial del sujeto activo, que no se trata de cualquier funcionario o autoridad pública, sino de aquél que «tenga a su cargo por razón de sus funciones» los caudales públicos, no es simplemente un elemento que fundamente una punición distinta dentro de un mismo tipo de injusto,

3.2.2. STS de 7 de Octubre de 2014 (rec. 238/2014)

Una vez analizado el Delito de malversación de fondos públicos, y especialmente su objeto de protección, es posible entender la solución ofrecida por la Jurisprudencia que, como ya se ha dicho antes, se ha encargado de formular los criterios que se deben acreditar para determinar si los fondos que tienen las Sociedades mercantiles públicas pueden atribuírseles un carácter público o no.

En efecto, el Tribunal Supremo ha tratado en varias de sus Sentencias de determinar tal naturaleza. Si bien, se dice que esta es una resolución *pionera* por llegar a la conclusión que a continuación se expondrá. Pero antes de atender al fondo de la cuestión, resulta necesario sintetizar los antecedentes de hecho que dan lugar a esta decisión del Tribunal Supremo. Son los siguientes:

- Ángel es un empleado laboral con carácter de interino en el Instituto Valenciano de Atención a los Discapacitados y Acción Social (IVADIS), entidad de Derecho Público⁷⁵ adscrita a la Consejería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana y que dispone de recursos con cargo a los Presupuestos de la Generalitat para realizar sus fines. Estos se concretan en “la protección y tutela de los discapacitados psíquicos y de los afectados por otras discapacidades, así como la prestación y ejecución de actuaciones en materia de servicios sociales y acción social”.

- Ángel se aprovecha de sus funciones en la administración y dirección del área de contabilidad, y de la posibilidad de autorizar pagos a proveedores, con el propósito de enriquecerse de forma ilícita, cambiando el destino de la transferencia a cuentas bancarias de las que él o algún familiar cercano era titular. En total se cuentan 142.896,12€ de apropiación de forma ilícita.

- El Juzgado de instrucción de Valencia condena a Ángel como autor de un Delito de malversación de fondos públicos.

⁷⁵A los efectos aquí empleados, las Entidades Públicas Empresariales y las Sociedades Mercantiles Públicas se utilizan como si de sinónimos se trataran, pero es obvio que existen diferencias sustanciales entre ellas muy importantes en el ámbito administrativo. Véase por ejemplo que las primeras tienen forma pública mientras las sociedades mercantiles no.

-Notificada la Sentencia se prepara un recurso de casación alegando, entre otras cosas, que la naturaleza de los fondos no es pública, y en consecuencia, no resulta aplicable el tipo de malversación.

Entrando, ahora sí, en el fondo del asunto, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que la ausencia de un concepto estricto de “fondos públicos”, unido a la proliferación en el Sector Público de entidades que prestan servicios de responsabilidad pública en régimen de Derecho privado, “*acrecenta la dificultad*” de determinar su naturaleza. Con motivo de esta complicación, las defensas de aquellos sujetos que llevaban a cabo conductas presumiblemente típicas de Delitos de malversación, se escudaban aduciendo que el elemento objetivo de tales tipos exige que se trate de fondos públicos y no de caudales privados.

Entonces, para tratar de determinar la naturaleza de esos fondos, el Tribunal Supremo se sirve de la tipología anteriormente expuesta, es decir, de si se trata de una empresa mixta (mayoritariamente pública), o de capital exclusivamente pública⁷⁶. Las conclusiones a las que llega son las siguientes:

- En las Sociedades mercantiles mayoritariamente públicas o mixtas, entiende el TS que al existir aportaciones privadas, y formarse el capital social también con fondos privados, no pueden considerarse tales caudales como públicos. Ello es así porque en las sociedades anónimas –forma que habitualmente toman estas empresas públicas- hay que distinguir entre *capital social* y *patrimonio*⁷⁷. El último hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones de los que la sociedad es titular, en cambio, el capital social está conformado por las aportaciones que los socios realizan en su inicio. En consecuencia, todo el patrimonio se desarrolla a partir del capital social. Por ello, si en una sociedad interactúan capitales públicos y privados, posteriormente, una vez desarrollado el patrimonio en su actividad empresarial cotidiana, es imposible realizar una

⁷⁶F.J SEGUNDO: “*Las empresas públicas pueden ser sociedades de exclusivo capital público o sociedades de economía mixta en las que la Administración solo tiene una participación*”.

⁷⁷ Véase para complementar la fundamentación de esta distinción a ALVAREZ RUBIO, J. *Derecho de Sociedades*, Madrid, 2013, pp. 57 y ss. “Ha de distinguirse el concepto de capital del concepto de patrimonio. El patrimonio se integra por el conjunto de derechos y obligaciones de los que la sociedad es titular en cada momento. El patrimonio social se forma en un principio por las aportaciones de los socios y posteriormente serán los resultados de la actividad empresarial de la sociedad los que incrementen o disminuyan el haber patrimonial. Si el capital es una cifra formal, contable, con vocación de estabilidad, el patrimonio es una cifra esencialmente variable en función de los resultados de la actividad social”.

identificación de lo que es privado y lo que es público. Citando al Tribunal, “*el hecho de que el capital sea público no implica que el patrimonio también lo sea*”.

- En cambio, en las Sociedades mercantiles exclusivamente públicas, estima el TS que el hecho de que el capital este íntegramente desembolsado por el Estado produce una identidad entre el patrimonio y el capital social. Ello se fundamenta entendiendo que, dado que el patrimonio de la Sociedad mercantil se desarrolla como consecuencia del capital social, si este es íntegramente público, a pesar de ser conceptos formalmente diferentes, se han generado con fondos públicos, resultando ser aquellos de la misma naturaleza. A esta misma conclusión se llegaría en el caso de las Entidades Públicas Empresariales, pues éstas siempre están formadas con capital exclusivamente público.

A modo resumido, la conclusión a la que ha llegado el Tribunal Supremo con esta Sentencia, es que los criterios que determinan el carácter público de los fondos de las Empresas públicas a efectos del Delito de malversación son dos: El primero, es que sean Sociedades de capital exclusivamente público, y el segundo requiere que además desarrollen funciones públicas⁷⁸.

En base a todo ello, se confirma la condena a Ángel por un delito de malversación. En efecto, el IVADIS persigue una función pública (protección y tutela de los discapacitados), y la totalidad de sus fondos son considerados públicos.

3.2.3. Una última reflexión sobre la naturaleza de los fondos de las Empresas Públicas

En el análisis que se ha realizado de la última sentencia, se ha “*conseguido*” fundamentar la naturaleza pública de los fondos sólo en las Sociedades mercantiles de capital exclusivamente público a efectos de los Delitos de malversación. Surgen entonces las siguientes cuestiones: ¿Qué pasa con las sociedades mixtas o de capital mayoritariamente público? ¿No afectan las conductas típicas de malversación realizadas en ellas al patrimonio del Estado, al igual que las exclusivamente públicas? ¿Por qué en

⁷⁸ Así sintetizado también en el F.J SEGUNDO: “*Cuando las sociedades de capital exclusivamente público desarrollen funciones asimilables a las públicas, entendidas en un sentido lato sus caudales tendrán carácter necesariamente público.*”

unas se castiga el Delito de malversación y en otras no, si con la misma conducta se vulnera al mismo bien jurídico protegido, es decir, al erario público?

Estas preguntas se acentúan cuando en una empresa pública, la Administración tiene tal porcentaje de participación en la misma, que tiene el control absoluto en la toma de decisiones, surgiendo así otra cuestión; dado que hay que diferenciar entre capital social y patrimonio, en estos casos de “*mayoría absoluta*” donde quien decide el porvenir de la sociedad es la Administración por su alto nivel de participación ¿no podrían considerarse públicos los fondos generados por las decisiones que ha tomado quien lleva el control de la sociedad, es decir, la administración?

A todas estas preguntas no se ha encontrado respuesta ni en la Doctrina, ni en la Jurisprudencia penal. En cambio, esto sí ha sido considerado en la rama administrativa, en orden a exigir responsabilidad contable a los administradores de tales sociedades. Concretamente SANCHEZ LERMA⁷⁹ ha recogido en su artículo una serie de sentencias de la sala del Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y del Tribunal de Cuentas, destacándose aquí la sentencia del Tribunal de Cuentas de 20 de Enero de 2014 (JUR/2014/53100), en un caso en el que concurre una empresa mixta, y donde se dice lo siguiente:

“Conviene subrayar que (...) es un perjuicio a los fondos públicos de E., como mercantil dependiente del Ayuntamiento de Ferrol (...). Las respectivas participaciones del Ayuntamiento y del socio privado afectarán, en su momento, a la liquidación de la sociedad, pero mientras no se produzca la liquidación nos encontramos ante una entidad perteneciente al sector público cuyos fondos son fondos públicos en su totalidad, porque la responsabilidad contable por daños causados a dichos fondos se extiende a la totalidad del daño y no sólo al porcentaje correspondiente a la participación del Ayuntamiento en el capital social”.

Lo que se ha tratado de conseguir con esta resolución, es evitar que el fenómeno de la “Huida del Derecho Administrativo” conlleve a que se pueda vulnerar la protección de que los fondos públicos deben gozar, exigiendo para ello responsabilidad contable a los sujetos que hayan administrado la Sociedad de forma irregular. Entonces, si esto se consigue desde el Derecho Administrativo (el Derecho del que se huye) ¿no se podría conseguir a efectos penales? Lo que está meridianamente claro es que toda administración

⁷⁹ SANCHEZ LERMA, G. A. en “Responsabilidad contable y gestión en las sociedades públicas” cit., pp. 105 a 122.

ilícita de los fondos públicos, se encuentren estos en sociedades mixtas o exclusivamente públicas, afecta al bien jurídico protegido en los delitos de malversación de caudales públicos, no quedando justificada –al menos desde el punto de vista que en este trabajo se sigue– la diferencia de trato cuando el contenido del injusto es el mismo.

Se trata de un tema del que como se ha dicho, no se ha encontrado jurisprudencia o doctrina en el ámbito penal que resuelva la situación de forma positiva, o encaminada a ofrecer una solución que respete esa igualdad de injusto que se predica en este trabajo para conductas que, siendo igualmente típicas, su punibilidad varía en función del tipo de sociedad ante el cual se realicen, pero que en el fondo afectan de la misma manera e intensidad al bien jurídico protegido. Se propone así como tema de investigación para aquellos a quienes les resulte interesante.

4. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES

4.1. LA RESPONSABILIDAD DEL PARTÍCIPE *EXTRANEUS* EN EL DELITO ESPECIAL

La distinción básica de los delitos en función del círculo de posibles sujetos activos, ha generado durante años una gran polémica aun distante de resolver. En efecto, muchos estudios han sido hechos sobre un tema que afecta a la autoría y participación de aquellos sujetos que no reúnen las características típicas de los delitos especiales. La cuestión principal se concreta en la llamada “responsabilidad del partícipe extraño o *extraneus* en el delito especial”.

Para comprender tal problemática, es preciso desarrollar dos teorías que han servido de base a los autores para defender sus diferentes posturas. Se trata de la “Teoría de la unidad del título de imputación” y de la “Teoría de la ruptura del título de imputación. La adopción de una u otra teoría es de suma importancia, pues es lo que va a determinar si el partícipe *extraneus* responde por el mismo delito del autor, aun no reuniendo las características típicas exigidas por el delito especial, o por el contrario, deberá hacérsele responder por el delito común correspondiente, y en el caso de que ese no exista, podrá considerarse al extraño impune. Resta entonces por exponer ambas

posiciones y las críticas que los detractores de ambas tesis ponen de manifiesto (que a su vez sirven de argumento para la defensa de sus posturas):

1) Unidad del título de imputación: los defensores de esta teoría⁸⁰, consideran que las penas de los partícipes, se fijan de acuerdo al marco penal abstracto previsto en el delito especial para el autor. De esta forma, un sujeto *extraneus* podría participar en un delito especial, tanto propio como impropio, sin la necesidad en este último caso de romper el título de imputación.

Dada la accesoriedad de la participación delictiva, esta postura se considera la regla general en nuestro Ordenamiento⁸¹, pues la respeta de pleno.

El argumento por el cual los defensores de esta postura critican la teoría de la ruptura del título de imputación, es que su uso conllevaría a vacíos de punibilidad cuando para el partícipe no exista un delito común aplicable, o lo que es igual, cuando al autor se le impute un Delito especial propio.

2) Ruptura del título de imputación: los que defienden esta postura⁸², estiman que la pena prevista en los delitos especiales, solamente vincula a los sujetos activos de los mismos. Por ello, a los partícipes se les debe aplicar la pena en función del marco penal establecido para los delitos comunes, siempre y cuando la conducta llevada a cabo por aquellos tenga correspondencia con un hecho típico común. De esta forma un sujeto *extraneus* nunca podrá ser autor ni participe de un delito especial. Los defensores de esta teoría, critican a la teoría de la unidad del título de imputación apuntando que su aplicación conduce a vaciar de contenido a la diferenciación entre delitos especiales y comunes, pues en ambos casos, la pena sería la misma tanto para aquellos sujetos que reuniesen las características típicas que requiere el delito especial, como para aquellos que no las reúnen⁸³.

⁸⁰ Entre ellos, RUEDA MARTÍN, M^a.A. “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública”, cit., p. 159; QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3^aEd., Pamplona, 2002, p. 642.

⁸¹ La accesoriedad de la participación delictiva es expuesta por MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 433 y 434, de la siguiente manera: “La participación en sí misma, no es nada, sino un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido (...) en una palabra, la participación es *accesoria*; la autoría *principal*”.

⁸² Defiende esta postura, entre otros, ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Barcelona, 2003, p. 120.

⁸³ Así expuesto por GARCIA CAVERO, P. “La pena del partícipe *extraneus* en los delitos especiales”, en *Anuario de Derecho Penal*, Perú, 2009, pp. 117 y ss.

Si bien, lo cierto es que esta posición tiene una consecuencia nefasta a efectos político-criminales. Se produce la impunidad en los Delitos especiales propios al no existir uno común por el que pueda responder el sujeto *extraneus*⁸⁴.

Existe, en orden a resolver este enigma, una vasta doctrina que aporta todo tipo de soluciones que conllevan como se ha dicho a castigar al partícipe *extraneus* como partícipe del delito especial, del delito común subyacente, o incluso a la impunidad. Algunos de los autores que tratan de resolver esta problemática, hacen una diferenciación iniciada por ROXIN⁸⁵ entre “Delitos de dominio” y “Delitos de infracción de deber”. En palabras del mismo y de forma sintética, en los Delitos de dominio, será autor “quien mantiene en sus manos el transcurso del hecho y que puede, de acuerdo con su voluntad, dejar avanzar o detener el transcurso de los hechos”, lo cual se manifiesta de tres maneras:

- a) Como dominio de la acción (autoría directa),
- b) Como dominio de la voluntad de un tercero utilizado como instrumento (autoría mediata),
- c) Como dominio funcional del hecho ejecutado conjuntamente con otros (coautoría).

Por otra parte, será partícipe aquel que ejecute tales hechos pero sin poseer el dominio del hecho. En cambio, en los Delitos de infracción de deber, no será el dominio del hecho lo que fundamenta la autoría, sino la infracción de un deber que vincula al autor con el bien jurídico protegido. Es decir, hay una relación de deber de protección especial entre el sujeto y el bien jurídico protegido de base administrativa (en normas extrapenales). Esos deberes no pueden ser generales, los cuales fundamentan los Delitos de dominio o de organización, sino que han de ser específicos en razón de la posición que ostenta el sujeto cualificado frente al bien jurídico protegido. La consecuencia de esta distinción, conlleva a la aplicación de distintos principios que fundamenten la autoría y participación. De esta forma, en los Delitos de dominio del hecho, resulta aplicable la teoría del dominio del hecho, siendo así autores quienes posean el dominio del hecho y participes por accesoriedad quienes participen en el curso causal pero sin tal dominio. En cambio, en los Delitos de infracción de deber, el dominio del hecho no fundamenta la autoría ni la participación, bastando simplemente la infracción del deber por parte del

⁸⁴ Con el objeto de profundizar más sobre ambas teorías, véase el estudio que realiza GOMEZ MARTÍN, V. *Los delitos especiales*, Barcelona, 2003, pp. 124 y ss.

⁸⁵ ROXIN, C. *Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal*, cit., p.56.

intraneus. La consecuencia de esto último es que los *extranei* que hayan colaborado con el *intraneus* podrán considerarse siempre partícipes de los delitos especiales con independencia de si han tenido o no un dominio del hecho.

Esta discusión, es como se ha dicho, objeto de cantidad de trabajos doctrinales en el extranjero, sobre todo en países de América Latina, como por ejemplo Perú donde el Legislador aún no ha resuelto de forma expresa esta problemática⁸⁶.

4.1.2. Solución del Legislador en España. Art.65.3 CP

Para realizar un análisis, siquiera sinóptico, del panorama de la problemática del partícipe *extraneus* en España, en este trabajo se ha diferenciado entre dos periodos temporales que tienen su punto de inflexión en el año 2003. Concretamente, ese punto de inflexión hace referencia a la reforma introducida por la LO 15/2003 de 25 de Noviembre, por la que se modifica la LO 15/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal, en la cual se incluyó el art. 65.3, el cual se citará y analizará posteriormente.

En efecto, el primer periodo es el que hace referencia a antes del año 2003, donde el Legislador no había dado aún una solución expresa al asunto, surgiendo entonces la cuestión de cómo era resuelta esta problemática. Pues bien, la Doctrina española ha tratado el tema desde numerosos puntos de vista, sirviéndose la mayoría de los autores de la teoría iniciada por ROXIN de los delitos de infracción de deber, y desarrollada posteriormente por JAKOBS⁸⁷ entre otros. De esa manera, se descarta la autoría de un *extraneus* en los delitos especiales por no poseer la característica requerida por el tipo, quedando abierta la posibilidad de castigar a los partícipes. Se prefiere en orden a ofrecer una ilustración práctica, abordar este tema desde la solución propuesta por la Jurisprudencia, pero no sin antes mencionar la posición de GIMBERNAT ORDEIG ya

⁸⁶ Véanse, entre otros, ALLER, G. "Análisis dogmático y práctico del delito de infracción de deber" en *Revista CADE: doctrina y jurisprudencia*, nº 28, pp. 15 a 28; MARQUEZ CÁRDENAS, A.E. & GONZÁLEZ PAYARES, O. "La coautoría: delitos comunes y especiales" en *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, nº. 28, pp. 29-50; GARCIA CAVERO, P. "La pena del partícipe *extraneus* en los delitos especiales" cit. Pp. 116-126; CARO JOHN J.C. "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber" en *Anuario de Derecho penal*, 2003, pp. 60 y ss. y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, R.H. *La participación en los delitos de infracción de deber: problemas dogmáticos y una propuesta de solución*, Ed. EAE, Saarbrücken, 2011, pp. 242 y ss.

⁸⁷JAKOBS, G. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª correc., Madrid, 1997.

en el año 1966⁸⁸. Este autor consideraba la necesidad de atenuar la pena de los partícipes *extranei* en los delitos especiales, aplicando para ello una atenuante analógica contenida en el Código Penal vigente en la época y correspondiente a la actual en el art. 21.7ª CP. Aunque se refería entonces a la circunstancia de no parentesco, como fundamento para atenuar la pena del extraño en el delito de parricidio existente entonces en el Código, posteriormente amplió su concepción a todos los delitos especiales, por entender que “si esa cualidad tiene efectos perjudiciales para aquel en quien concurre, entonces su ausencia debe atenuar a quien no pertenece al círculo estricto de autores”⁸⁹. Este razonamiento encaja, salvando algunas diferencias⁹⁰, con lo mantenido por el Tribunal Supremo como se analiza a continuación⁹¹.

Así, en la jurisprudencia existente antes del año 2003, resulta sumamente ilustrativa la STS 52/1993 del 18 de Enero de 1994⁹². En la misma, se tratan de resolver unos hechos constitutivos de un Delito de prevaricación llevados a cabo por una serie de funcionarios en cooperación con unos empresarios, modificando el plan de urbanismo en favor de los últimos. El Delito de prevaricación está catalogado por la doctrina⁹³ y la jurisprudencia⁹⁴ de forma unánime como un Delito especial propio de infracción de deber. Surge así la duda de cómo es posible castigar a unos sujetos (en este caso empresarios) que carecen de la condición personal que fundamenta al Delito de prevaricación, es decir, que no son funcionarios, y por ende no le deben fidelidad a la Administración Pública. Por ello, es un caso prototípico de la problemática que aquí se comenta. Pues bien, el Tribunal Supremo fundamenta la decisión aduciendo que, si bien, es evidente que no se puede imputar un Delito de prevaricación a quien no es funcionario público (lo mismo con cualquier delito especial), la solución es distinta en los supuestos de inducción y

⁸⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, pp. 285 y ss.

⁸⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Ensayos penales*, Madrid, 1999, p. 376 y 402, citado por PEÑARANDA RAMOS, E. *Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Vol. 2, Madrid, 2008, p. 1421.

⁹⁰ Sobre estas diferencias PEÑARANDA RAMOS, E. *Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, cit., p. 1421.

⁹¹ Por su parte, existen otras opiniones discordantes de la extensión de la atenuación a todos los delitos especiales, como así defiende ROBLES PLANAS, R. & RIGGI, E. "El extraño artículo 65.3 del Código Penal" en *revista para el análisis del Derecho InDret*, nº 4, pp.13 y ss.

⁹² Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo.

⁹³ Por ejemplo QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., pp. 1555 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N.J. "El funcionario público ante el Derecho Penal", cit., pp. 28 y ss. y GONZALEZ CUSSAC, J.L. *Delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia, 1997.

⁹⁴ Entre otras, SSTs 228/2013 de 22 de Marzo; 941/2009 de 29 de Septiembre; 639/1994 de 22 de Marzo.

cooperación necesaria de un *extraneus* con un autor en quien sí concurren las circunstancias establecidas en el tipo penal, pues entiende que en la participación en esas formas, no se requiere del sujeto la cualidad que al autor del art. 28 CP exige el tipo penal. La sentencia dice así que “*aquél que, conociendo la condición de funcionario del sujeto activo llamado a decidir, le inclina decisivamente a dictar una resolución manifiestamente injusta, induce a prevaricar y es autor, en consecuencia, por el número 2 del artículo 14, del correspondiente delito, lo mismo que el que presta su indispensable colaboración a la realización de tal delito comete, como autor del número 3 del artículo 14, tal figura penal*”. Se refería entonces al articulado del Código Penal de 1973 en aquel momento vigente. Tales disposiciones se corresponden hoy con el artículo 28 a) y b) CP.

Una vez que el Tribunal fundamenta la punibilidad de tales sujetos por interpretar que el art. 28 a) y b) CP (entonces 14.2 y 14.3 CP de 1973) no exige que el sujeto sea cualificado en los Delitos especiales propios, surge otra cuestión: ¿El partícipe *extraneus* ha de ser castigado de idéntica forma que el autor *intraneus*? La solución ofrecida por el Tribunal Supremo dispone que, al carecer de la cualidad de funcionario que fundamenta la punibilidad, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad del art. 1 de la Constitución Española, cabe reducir la pena del partícipe *extraneus* mediante la atenuante analógica del artículo 9.10 (actual art. 21.7 CP). Ello es así señalan, porque las contribuciones de los inductores o cooperadores necesarios, son decisivas para el resultado, pero el desvalor de la acción es menor por no infringir deberes “*derivados de especiales relaciones personales*”.

En resumen, el Tribunal Supremo descarta la autoría o coautoría de *extranei* en los delitos especiales de infracción de deber, pero admite la participación, si bien, reduciendo la pena de los mismos aplicando una atenuante analógica que se encontraría en el actual 21.7 CP. Esta es la opción jurisprudencial que se ha ido repitiendo constantemente hasta el año 2003⁹⁵.

En el año 2003, como ya se ha dicho, con la reforma la LO 15/2003 de 25 de Noviembre, por la que se modifica la LO 15/1995 de 23 de Noviembre del Código Penal se introduce el art. 65.3 que reza lo siguiente:

⁹⁵ Entre otras las SSTS 668/1998 de 14 de Mayo; 1493/1999 de 21 de Diciembre y 20/2001 de 28 de Marzo; 776/2001 de 8 de Mayo.

“Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

El precepto como se puede apreciar, es una codificación de la solución ofrecida por la jurisprudencia que ya se ha expuesto. Resulta sorprendente que mientras en la jurisprudencia anterior se estimaba la atenuación analógica como necesaria u obligatoria, la aplicación del actual artículo 65.3 CP es facultativa para los jueces⁹⁶. Además, como señalan ROBLES y RIGGI⁹⁷, lejos de cerrar la polémica suscitada en torno a la solución dada por el Tribunal Supremo, “la han dinamizado vivamente”. Ahora bien, antes de entrar a revisar los debates que este artículo ha generado, conviene ver qué aplicación le han dado los tribunales de justicia. Para ello, resulta llamativa la STS 759/2006 de 13 de Julio de 2006⁹⁸. La misma resuelve un caso de Delito de administración desleal realizado por el director de un banco en favor a familiares y conocidos, surgiendo de nuevo la duda relativa a si es posible que estos últimos respondan por aquel delito, pues el Delito de administración desleal se trata, como así afirma la sentencia⁹⁹, de un Delito especial propio. Para resolverlo, el tribunal se basa en la STS 52/1993 del 18 de Enero de 1994 ya comentada anteriormente.

En consecuencia, puede surgir la pregunta de si actualmente, con el art. 65.3 CP ya en vigor, sigue en pie aquella solución jurisprudencial anterior consistente en la aplicación a los partícipes *extraneus* de una atenuante analógica. Pues bien, efectivamente, el Tribunal Supremo¹⁰⁰ estima que aún con el art. 65.3 CP en vigor, la solución jurisprudencial consistente en la atenuación analógica basada en el respeto al principio de proporcionalidad, sigue operativa. Ello lo fundamenta aduciendo que el art. 65.3 CP, lo que hace es dar al juzgador la opción de reducir la pena aún más que con la

⁹⁶ Así lo interpreta el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias, entre ellas la STS 990/2013 de 30 de Diciembre donde se expone en el fundamento de derecho Octavo que *“El que el Legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena (...) es bien expresivo de que la diferente posición del particular respecto de quien quebranta ese deber de fidelidad exigible a todo funcionario, no siempre justifica un tratamiento punitivo diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material. En definitiva, esa regla general podrá ser excluida por el Tribunal siempre que, de forma motivada, explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad, frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero del partícipe.”*

⁹⁷ ROBLES PLANAS, R. & RIGGI, E. *“El extraño artículo 65.3 del Código Penal”*, cit., p.4.

⁹⁸ Fundamento de Derecho Tercero.

⁹⁹ En la misma STS 759/2006 F.J tercero: *“El delito de administración desleal, que se define como distracción de dinero recibido en administración, etc., es un Delito especial propio”.*

¹⁰⁰ STS 759/2006 de 13 de Julio, FJ Tercero.

atenuante. Por ello, la atenuante analógica es obligatoria, mientras la aplicación del art. 65.3 CP es facultativa.

Se trata esta de una solución cuanto menos interesante, como bien trata de analizar MUÑOZ CONDE en una de sus conferencias¹⁰¹. En ella, el autor trata de entender más allá de la dogmática penal material, qué finalidad puede tener, la inclusión por el Legislador en el Código Penal de un precepto que es aplicado por los tribunales de justicia de una forma complementaria y facultativa a la solución jurisprudencial ya dada por los mismos en decisiones muy anteriores temporalmente a la introducción de tal literal, con el objeto de ampliar la rebaja de la pena. Sin duda, en el presente trabajo, el único fin que se le consigue dar a esa interpretación realizada por el Tribunal Supremo de mantener en pie la atenuante analógica obligatoria, es la de respetar en todo caso el principio de proporcionalidad. De esta manera, dado que la aplicación del art. 65.3 CP, es, como se ha visto, de carácter facultativo, en caso de que el tribunal que conozca de la causa correspondiente no vea apropiado aplicar tal precepto, siempre se respetará aquel principio de proporcionalidad aplicando la atenuante analógica del artículo 21.7 CP.

Otra cuestión a tratar en este precepto 65.3 CP, es la referente a los cómplices. Estos no son nombrados en el tenor del artículo, por lo que existe la duda de si están o no incluidos en este. El Tribunal Supremo, también se ha encargado de resolver la cuestión, concretamente en la STS 841/2013, de 18 de noviembre considerando que *“es cierto que explícitamente el art. 65.3 no hace mención a los cómplices, lo que no excluye que se pueda participar en el hecho en tal concepto, sin reunir las condiciones o cualidades personales del sujeto activo”*.

Así, el Tribunal Supremo admite dos rebajas concurrentes, una por ser cómplice (art.63 CP), y otra por ser un partícipe *extraneus* en un delito especial (art.65.3 CP).

Una vez expuesta la Jurisprudencia y su posición al respecto, resta por tratar las posiciones que la Doctrina proporciona en esta materia. Como ya se ha dicho, esta es una problemática que ha sido objeto de estudio de los diferentes autores desde hace décadas, pero incluso con la incorporación al Código Penal de lo que podría parecer una solución legislativa que acabase con el enigma, como es el art. 65.3 CP, los estudiosos del Derecho

¹⁰¹Conferencia impartida por MUÑOZ CONDE, F. "La participación del particular en los delitos especiales" en el marco de los 36.º Cursos de Especialización en Derecho de la Universidad de Salamanca el 21 de enero de 2015, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=hCuFQvbtYEA> [Fecha de última consulta 17/11/2015].

han seguido planteando cuestiones. Uno de ellos es PEÑARANDA¹⁰², quien en este trabajo servirá de referencia para plantear las cuestiones y soluciones doctrinales actuales respecto a aquel precepto.

Como se advirtió, la diferencia entre Delitos especiales propios e impropios es importante en este orden a la hora de que los autores hagan sus correspondientes reflexiones. Así, algunos de ellos¹⁰³ piensan que el art. 65.3 CP está haciendo referencia a los Delitos especiales propios de forma exclusiva. Ello lo justifican aludiendo que el precepto dice de forma expresa que “(...) *cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor (...)*”. La clave está en el verbo *fundamentar* pues interpretan que de esa forma, se está excluyendo del ámbito de aplicación a aquellos delitos especiales que tienen correspondencia con uno común, y por tanto no fundamentan el ilícito penal en la condición del sujeto activo, sino que simplemente la agravan. Se excluirían de esa forma a los Delitos especiales impropios. Esto conlleva a mantener la unidad del título de imputación en el caso de los Delitos especiales propios, y a romperlo en el caso de los Delitos especiales impropios. Para realizar esa ruptura, se basan en el art. 65.1 CP el cual dice lo siguiente:

“Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren”.

De esta manera, en los Delitos especiales propios, el título de imputación sería igual para *intranei* y *extranei* pero aplicando el art. 65.3 CP para reducir la pena a los últimos. En cambio, en los Delitos especiales impropios, los *intranei* responderían por el título de imputación del delito especial, mientras los *extranei* en aplicación del art. 65.1 CP, respondería por el delito común correspondiente, siendo el marco penal aplicable, en principio, más beneficioso.

¹⁰² PEÑARANDA RAMOS, E. *Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, cit., p. 1419.

¹⁰³ Entre ellos, MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C. *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, 2ª Ed., Valencia, 2007, pp. 553 y ss, citado por PEÑARANDA RAMOS, E. *Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, cit., p.1432.

Por el contrario, otros autores como el ya nombrado PEÑARANDA, opinan que esas soluciones no armonizan bien entre sí¹⁰⁴. Lo fundamenta el autor aduciendo que, dada la naturaleza de los Delitos especiales propios e impropios, la condición o cualidad que fundamenta o agrava la penalidad, debería tener el carácter de ilimitadamente o limitadamente personal respectivamente. Ello quiere decir que, mientras que para los Delitos especiales propios, la condición o cualidad que fundamenta la autoría debería tener un carácter ilimitadamente personal, y por ende no accesorio, en cambio, en los Delitos especiales impropios, esa condición o cualidad solo tiene carácter limitadamente personal, y por tanto semi-accesorio, ya que puede ser cometido de forma común por cualquier sujeto. Con estas premisas, si se aplicase la solución que se discute, conllevaría a que en los Delitos especiales propios, la condición fuese semi-accesoria, pues sería de aplicación el artículo 65.3 CP, y por tanto, autores y partícipes compartirían título de imputación. Por el contrario, en los Delitos especiales impropios, las condiciones serían no accesorias en aplicación del art. 65.1 CP.

Otro sector doctrinal opta por deshacer esa distinción entre Delitos especiales propios e impropios por entender que es la base de la problemática. En concreto, SANCHEZ-VERA¹⁰⁵ apunta que no pueden existir Delitos de infracción de deber impropios, ya que si se lesiona el deber, se *fundamenta* siempre la punibilidad. PUPPE¹⁰⁶ por su parte, aporta a esta postura un ejemplo bastante clarificador señalando que “si se suprime del tipo sólo la lesión del deber especial y, por tanto, sólo el hecho de que el autor muestra la cualidad de funcionario, no se obtiene todavía el delito común como tipo básico, sino un caso especial del delito común, el de su comisión mediante el aprovechamiento de la posición oficial”.

Sin embargo, en este ensayo se toma de referencia, como ya se ha manifestado, la postura de PEÑARANDA, quien expresa que “los distintos intentos de obtener un tratamiento homogéneo de la participación de extraños en todos los delitos especiales (de infracción de deber) mediante la eliminación pura y simple de la distinción entre Delitos especiales propios e impropios no conducen a buen puerto”. Por su parte y de forma

¹⁰⁴ PEÑARANDA RAMOS, E. *Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, cit., 2014, p.1432.

¹⁰⁵ SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, J. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, p.16.

¹⁰⁶ PUPPE, I. “NK-StGB 2ª ed.”, § 28 y 29, Ed. Nomos, 2005, pp.52 y ss., citado por PEÑARANDA RAMOS, E. *Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, cit., p. 1441

sintética, para este autor, el artículo 65.3 CP crea una especie de “*tipos intermedios*” que contendrían un marco penal menor que en el delito especial, pero mayor que en el delito común¹⁰⁷. En cambio, de sostener la teoría que elimina la distinción entre Delitos especiales propios e impropios, se llegaría, como bien apuntan ROBLES Y RIGGI¹⁰⁸, a la incongruencia de que los partícipes en los delitos especiales dispondrían de un marco penal más ventajoso que para los partícipes en los delitos comunes correspondientes.

En este trabajo, se enfoca la solución de una manera diferente. Se opina que por razones sistemáticas¹⁰⁹, el campo de aplicación del art. 65.3 CP está limitado de forma exclusiva a los Delitos especiales propios, mientras que a los impropios les sería de aplicación el art. 65.1CP. Para rebatir los problemas de accesoriedad que se han planteado, y ya han sido expuestos anteriormente, se entiende que en lugar de romper el título de imputación en los casos de los Delitos especiales impropios, lo que se debe interpretar es que el título será el mismo que el del autor *intraneus*, es decir, el delito especial. Para ello, se ha de considerar al precepto 65.1 CP como una simple pauta de medición de la pena y no del injusto. El art. 65.1 CP sería así una regla para establecer el marco penal abstracto del partícipe *extraneus*, pero no determinaría la ruptura del título de imputación. Así, en ambos casos, tanto en los Delitos especiales propios como en los impropios, el partícipe *extraneus* respondería por un delito especial, respetando con ello el principio de accesoriedad que rige en la participación delictiva. Esta teoría es conocida en Alemania como la “*doctrina del desplazamiento del marco penal*”¹¹⁰. De esta forma se respeta lo defendido por otros autores, como POLITOFF, MATUS y RAMIREZ¹¹¹, quien sostiene que el que participa en el hecho del que porta un deber especial, debe responder por su participación en el hecho ajeno bajo el mismo título que su autor-principio de unidad del título de imputación-, pues también habría colaborado a que se infrinja su especial deber¹¹².

¹⁰⁷ PEÑARANDA RAMOS, E. *Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, cit., pp. 1422 Y ss.

¹⁰⁸ ROBLES PLANAS, R. & RIGGI, E. "El extraño artículo 65.3 del Código Penal", cit., p.7

¹⁰⁹ Así, se está de acuerdo en este trabajo con aquellos autores que defienden que el verbo *fundamentar* del art. 65.3 CP hace referencia en exclusiva a los Delitos especiales propios, aunque se difiera en la solución propuesta como se expone a continuación, no siendo partidarios de una ruptura del título de imputación, sino con su mantenimiento.

¹¹⁰ ABANTO VASQUEZ, M.A. "Autoría y participación y la teoría de los delitos de" infracción del deber" en *Revista penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú*, n° 14, p.18.

¹¹¹ POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA, J. P., & RAMIREZ GUZMAN, M. C. *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, Santiago de Chile, 2004, p. 425.

¹¹² En la misma posición, aunque difiriendo en la solución SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, J. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 260, “los denominados delitos de infracción

Incluso llegada a esta conclusión, y en base también a la sistemática del Código Penal, se pueden dar incoherencias en la aplicación del art. 65.3 CP. Este precepto no resulta aplicable en la mayoría de los delitos contenidos en el Título XIX contra la Administración Pública puesto que el Legislador ha recogido unos tipos específicos donde se castiga la conducta del particular de forma autónoma. MUÑOZ CONDE¹¹³ señala varios de estos supuestos, sirviendo aquí de ejemplo el del cohecho. El Delito de cohecho, tipificado en los arts. 419 a 427 CP tiene dos modalidades. El cohecho pasivo, que se refiere a aquel que realiza el funcionario público, y el activo, que lo realiza el particular. Ello conlleva a que tanto el que acepta la dádiva, como el que la ofrece, independientemente del *status* que tenga, responderán como autores por un Delito de cohecho no siendo aplicable el artículo 65.3 CP. En concreto, el particular responderá por cohecho activo, y el funcionario por cohecho pasivo. Ahora, como bien plantea el autor, si mediante un cohecho, el particular consigue que el funcionario cometa una prevaricación, para este último delito si será aplicable el art. 65.3 CP, pues no existe una modalidad específica que pueda cometer un *extraneus*. Así, el funcionario respondería por un Delito de cohecho pasivo y un Delito de prevaricación en su totalidad, mientras que el particular respondería de un Delito de cohecho activo y de un Delito de prevaricación, si bien, este último atenuándose la pena en virtud del art. 65.3 CP.

4.1.3. La solución del Legislador en otros países

Una vez analizada la problemática en España y habiendo ofrecido varias de las soluciones que se han propuesto en la Doctrina y la Jurisprudencia, se puede pasar a realizar un somero análisis de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos. Para ello, se va a hacer referencia a Italia y Alemania, quienes al igual que en España, han tratado de resolver el problema expresamente en el propio Código Penal.

de deber impropios no son casos de (...) ruptura del título de imputación, sino que para ellos, en su conjunto, rige siempre el mismo título de imputación que para el autor positivamente obligado, debiendo gozar el partícipe de una aminoración de la pena (...)"

¹¹³Conferencia impartida por MUÑOZ CONDE, F. "La participación del particular en los delitos especiales" cit.

4.1.3.1. Italia

La doctrina penal italiana ha debatido sobre esta problemática durante mucho tiempo¹¹⁴. A diferencia de España, en donde se ha tardado décadas en codificar una solución, el Legislador italiano ha dado una solución expresa en el Código Penal de 1930.

En Italia, de forma similar a lo que se prevé en el Derecho español (aunque con una diferente terminología), se distingue entre Delitos propios (especiales) y Delitos comunes. Las características de ambos, tratadas con referencia al derecho español de forma más específica en el epígrafe primero del presente trabajo, son sustancialmente iguales, es decir:

- Los delitos propios son aquellos en los que el sujeto activo tiene que tener una particular calidad o condición para que el delito subsista.

- Los delitos comunes son aquellos que pueden ser cometidos por cualquier sujeto (son los tipos penales en los que se utiliza la palabra “cualquiera”).

De la misma forma, dentro de la categoría de los Delitos propios se puede distinguir entre:

- Delitos propios exclusivos: cuyo propósito criminal solo puede ser llevado a cabo por los que revisten una determinada posición respecto a un hecho (por ejemplo la proximidad por parentesco en el Delito de incesto del art. 564 CPi¹¹⁵). Se corresponden en España con los Delitos especiales propios.

- Delitos propios no exclusivos: en este caso, la presencia de una determinada calidad o condición solo tiene como consecuencia la mutación del título (por ejemplo, la apropiación indebida ex. art. 646 CPi si el delito es puesto en marcha por un particular, y peculado si es cometido por un funcionario público ex art. 314 CPi). En este caso, se corresponden con los Delitos especiales impropios en España.

¹¹⁴ Véanse entre muchos otros a GALLO, M. *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, Milano, 1957; PECORARO-ALBANI, A. *Il concorso di più persone nel reato*, Milano 1961; PADOVANI, T. *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973; INSOLERA, G. *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1956 y RANIERI, S. *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, 1962.

¹¹⁵ Art. 564 CPi “Quien, de manera que haya escándalo público, comete incesto con un descendiente o un ascendiente o un afine en línea recta, o un hermana o hermano, será condenado con la pena de la prisión de 1 a 5 años”.

Los problemas que se plantean en el ámbito del concurso de personas hay que distinguirlos entre los relativos al concurso en los Delitos propios exclusivos y los relativos a los Delitos propios no exclusivos¹¹⁶. Así, el concurso en el Delito propio es admitido tanto por la Doctrina¹¹⁷ como por la Jurisprudencia¹¹⁸, fundamentándose ambas en el hecho de que exista por parte del *extraneus* la conciencia de la calidad subjetiva del *intraneus* para la determinación del título aplicable. Se aplicaría así, la disciplina prevista por el 110 del CPi, que afirma que “*si más personas concurren en el mismo delito, cada una de ellas subyace a la pena por este prevista, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes*”, constituyéndose en este caso la responsabilidad penal del *extraneus* tanto en el caso en el que el delito sea propio exclusivo, como en el caso en el que el delito sea propio no exclusivo.

En síntesis, para la aplicación del art. 110 CPi deben concurrir dos condiciones *sine quae non*. Son las siguientes:

1- Que la acción típica sea desarrollada por el *intraneus* o, mejor dicho, por la persona que posea la calificación requerida por la norma penal.

2- Que el *extraneus rectius*, la persona que no posee la calificación requerida para integrar el tipo penal, conozca o sea consciente de la calidad de *intraneus* del sujeto autor del delito.

En cambio, si el *extraneus* ignora las calidades personales del *intraneus*, no habrá aplicación de la disciplina del art.110 CPi porque en este caso habría un defecto de conciencia de las cualidades personales que determinan el desvalor penal del hecho. Y, más específicamente, el hecho de que el *extraneus* tenga que ser consciente de las calidades del *intraneus*, es una consecuencia del principio de la personalidad de la responsabilidad penal¹¹⁹.

Con referencia al concurso de personas en los Delitos propios no exclusivos, hay que tener en cuenta que en ese caso, también la comisión por parte del *extraneus*, si bien

¹¹⁶ Esta diferenciación es realizada entre muchos otros por, AA.VV. *Compendio di Diritto Penale. Parte generale*, Napoli, 2013, pp. 141 y ss. y FIORE, C. *Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2013, pp. 157-158.

¹¹⁷ En este sentido, FIORE, C. *Diritto Penale. Parte generale*, cit., pp. 536-539; FIANDANCA, G. *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna, 2013, pp. 181 y ss y BETTIOL, G. *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, 1982, pp. 235 y ss.

¹¹⁸ Entre muchas otras, Cass. n. 37531/2007; 1706/2014 y 40303/2014.

¹¹⁹ Así es también expuesto por FIORE, C. *Diritto Penale. Parte generale*, cit. p. 536-539.

bajo un diferente *nomen iuris*, constituye delito. Es necesario añadir una matización: el delito cometido en concurso se considera como “figura unitaria” y por lo tanto los concurrentes no pueden ser considerados autores de dos delitos diferentes.

Muchas palabras han sido dichas por la Doctrina y Jurisprudencia¹²⁰ con referencia a la aplicación del art. 117 CPi que dispone lo siguiente:

“Si por las condiciones o las cualidades personales del culpable, o por las relaciones entre el culpable y el ofendido, cambia el título del delito para alguno de los que han concurrido en él, también los otros responden del mismo delito. Sin embargo, si este es más grave, el juez puede atenuar la pena respecto de aquellos en los que no se dan las condiciones, cualidades o relaciones antes mencionadas”. Este precepto, se aplica cuando no concurre en el extraneus el requisito de la conciencia de la calidad del autor *intraneus*¹²¹.

4.1.3.2. Alemania

Alemania puede ser considerada la cuna de la dogmática penal que trata de resolver esta cuestión ya que siempre ha sido un tema polémico entre los distintos autores. El Legislador alemán ha normativizado la solución, aún vigente, mucho antes que el Legislador español. En concreto en el año 1968 en el §28 StGB¹²². Aunque la Doctrina alemana es muy variada en relación a la interpretación de ese precepto por la problemática que el mismo plantea¹²³, la mayor parte de autores apuntan a una correspondencia de las soluciones con los dos tipos de delitos especiales que ya se han mencionado. Esto se refiere a los Delitos especiales propios y los impropios. El §28 StGB está formado por dos párrafos que disponen lo siguiente¹²⁴:

¹²⁰ Entre otras, Cass. n. 242/1972; 7624/1981; 4161/1991; 216/1994 y 39292/2008;

¹²¹ En este sentido, FIANDANCA, G. *Diritto Penale. Parte generale*, cit., pp. 195 y ss.

¹²² A ojos de MUÑOZ CONDE, F. conferencia “La participación del particular en los delitos especiales”, cit., la elaboración de ese precepto tuvo un componente altamente político con el objeto de rebajar e incluso evitar las penas de varios partícipes en el Holocausto Nazi.

¹²³ Véase a modo de ejemplo los problemas de accesoriedad que destaca CAMARERO GONZALEZ, G. J. “Autoría y participación en los delitos especiales” en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº11, 2003, pp. 143 y ss.

¹²⁴ Traducción de LOPEZ DÍAZ, C. *Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998*, Bogotá, 1998.

“(1) Si faltan características especiales personales (§ 14, inciso 1) en el partícipe (Instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena, de conformidad con el § 49, inciso 1.

(2) Si la ley determina que características personales especiales agraven la pena, la disminuyan o la excluyan, entonces esto solo rige para los partícipes (autor o partícipe), en quien concurran”.

El párrafo primero, en relación a lo expuesto, sería el aplicable a los Delitos especiales propios. De esta forma, la pena para el partícipe *extraneus* se impone en base a las reglas de atenuación previstas en el §49¹²⁵, aplicable en supuestos de tentativa atenuando la pena.

El segundo párrafo, por el contrario, es el que se aplicaría para los Delitos especiales impropios. Apréciase que con la adopción del §28.1 StGB se castiga al partícipe *extraneus* por el Delito especial propio, manteniendo con ello la unidad de título de imputación. Por el contrario, con la aplicación del §28.2 StGB se va a hacer responder al extraño por un delito diferente, rompiendo de esa manera la unidad de título de imputación¹²⁶.

Las dos principales reflexiones que se pueden extraer de lo analizado en el caso del Ordenamiento español, y de esta exposición tan sinóptica de la solución legislativa de los Ordenamientos italiano y alemán son las siguientes:

- Por razones de política-criminal, los autores estudiosos de esta problemática y la Jurisprudencia, buscan soluciones para evitar la impunidad de los partícipes *extranei* en los delitos especiales en aquellos ordenamientos jurídicos que no prevén una solución

¹²⁵Traducción de LOPEZ DÍAZ, C. *Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998*, cit., del §49.1 : “Si se prescribe una atenuación conforme a este precepto o se autoriza, entonces para la atenuación rige lo siguiente :

1. En lugar de pena privativa de la libertad perpetua entra se aplica una pena privativa de la libertad no menor de tres años.

2. En los casos de pena privativa de la libertad temporal se permite imponer como máximo tres cuartos del máximo impuesto. En los casos de multa rige lo mismo que para el número máximo de los importes diarios.

3. El aumento del mínimo de una pena privativa de la libertad se disminuye

- en los casos de un mínimo de diez o de cinco años a dos años,

- en los casos de un mínimo de tres o de dos años a seis meses

- en los casos de un mínimo de un año a tres meses,

- en los restantes casos al mínimo legal”.

¹²⁶ De una manera similar es expuesto también por FERRÉ OLIVÉ, J.C. *Autoría y Delitos Especiales en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, vol. 1., Castilla La Mancha, 2001, p. 1016.

legislativa expresa. Así pasó en España antes de la reforma del Código Penal del año 2003 donde se introdujo el artículo 65.3 CP. Una vez introducido este precepto, que en esencia es la solución aportada anteriormente por el Tribunal Supremo, se discute sobre la forma de interpretar la norma. Si bien, hay una cosa meridianamente clara entre la mayoría de los autores, que es la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad, y con ello, atenuar la pena del partícipe *extraneus* en los delitos especiales.

- En los tres ordenamientos jurídicos expuestos, aún con sus diferencias, y a pesar de todas las discusiones que puedan existir en la interpretación de sus normas, siempre se respeta ese principio de proporcionalidad respecto de las penas del *intraneus* y del *extraneus* en los delitos especiales.

Se trata en efecto, de dos ideas muy vagas en sí mismas, pero que a su vez son la esencia principal de lo que se persigue en el estudio de este problema. Es decir, evitar la impunidad de aquellos que participan en los delitos especiales por el hecho de no reunir las condiciones exigidas por el tipo, pero que con sus conductas afectan de igual manera al bien jurídico protegido por aquellos delitos.

CONCLUSIONES

Si se tuviese que destacar algún aspecto positivo de la inmersión de un país en una crisis económica como la sufrida en los últimos años, sería sin duda, el aumento en la sociedad del interés por saber qué sucede con el patrimonio del Estado y por observar si el funcionamiento de la Administración Pública es irregular. En la actualidad, se pueden ver de forma periódica nuevos casos de corrupción desvelados por los diferentes medios de comunicación. En el fondo son fruto de la preocupación de la colectividad en tales asuntos. Estos temas, en efecto, resultan menos interesantes en tiempos de bonanza económica, siendo la cautela de la gente muy inferior, y por tanto menos provechosas para aquellos equipos de investigación que se lucran de descubrir estos entresijos. Esa situación, es aprovechada por una parte de los sujetos que ostentan una condición que les ofrece ciertas facultades públicas para comprometer el buen funcionamiento de la Administración. A modo de ejemplo, ese aumento de la sensibilidad en la sociedad para con los casos de corrupción en la Administración, es lo que ha desencadenado la realización de este trabajo. Se procede así a elaborar una relación de las diferentes conclusiones que en el mismo se han alcanzado:

1) En el Código Penal español coexisten en función del círculo de posibles sujetos activos, dos tipos de delitos. Por un lado, los Delitos especiales propios, en los cuales la condición requerida por el tipo fundamenta la pena, y por otro lado los Delitos especiales impropios, que a diferencia de los anteriores, la posesión de tal cualidad solo agrava la responsabilidad penal derivada del hecho típico. En el caso de los Delitos contra la Administración Pública, el fundamento para limitar el círculo de sujetos activos, es la concurrencia de dos realidades: por un lado, el deber especial que posee el *intrañeo*, y de otro lado, la relación especial del sujeto idóneo con el bien jurídico protegido por los tipos penales. En concreto, ese bien jurídico común a todos los delitos previstos en el Título XIX del Código Penal, es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, si bien, existen en cada tipo concreto diferentes objetos de protección.

2) Dentro de los delitos especiales, y fundamentalmente en los delitos contra la Administración Pública, el concepto penal de funcionario público del art. 24.2 CP es clave. Se trata de un concepto que es fruto de diferentes aportaciones de los distintos modelos estatales que en España han existido. Ello también sucede con el concepto de autoridad, el cual a los efectos planteados en el presente trabajo, se entiende anticuado e

inadecuado en un Estado Social y Democrático de Derecho por su carácter autoritario. Se entiende así que el propio concepto de funcionario absorbe a aquel.

Si bien, huyendo de meros formalismos, hay que destacar lo más esencial de cara a su interpretación. Así, se ha concluido que es un concepto de carácter funcional o material. De esa manera se consigue un *levantamiento del velo*, es decir, se atiende a la realidad material que concurre en el caso concreto y no a lo meramente formal o aparente.

3) Una vez concluidos los criterios que determinan la condición de funcionario público a efectos penales, se ha tratado de resolver qué sucede con la conocida como “Administración Institucional”. Se trata, en definitiva, de determinar si la “Huida del Derecho Administrativo” conlleva también a la *Huida del Derecho Penal*. Para ello se da respuesta a dos cuestiones, de las cuales, en la primera se obtiene una respuesta positiva. En ella se trata de dilucidar si los sujetos integrantes de las empresas públicas pueden ser considerados o no funcionarios públicos. En contra de los criterios utilizados por la mayoría del tribunal en el caso de *la casa de los gorilas*, resuelto por el TSJ de Cantabria, se defiende aquí el voto particular contenido en la Sentencia. En efecto, se considera lo que hasta el momento se ha venido afirmando en este estudio. Es decir, se afirma que hay que proceder a *levantar el velo* en cada caso concreto y determinar si existen los dos requisitos esenciales del concepto de funcionario conforme a la teoría teleológica o finalista:

- El requisito objetivo o la existencia de una función pública en sentido amplio.
- El requisito subjetivo o título habilitante exigido por el art. 24 CP.

De haberse seguido esta posición, los que fueron absueltos, hubiesen tenido que responder del Delito de prevaricación que tanto el Ministerio Fiscal, como la acusación particular solicitaban al tribunal.

La segunda cuestión es la relativa a si los fondos de una empresa pública son o no considerados públicos. La STS tratada en el debido momento, determina de forma pionera que sí, evitando de esa forma que las defensas de las partes afectadas aludieran el carácter privado de aquellos para escapar del reproche penal que ofrece el Delito de malversación de caudales públicos. En cambio, se deja un vacío de punibilidad para el caso de las Sociedades Mercantiles Mixtas. Ello, a juicio de lo expuesto, no resulta coherente, pues

con iguales conductas, y afectando de igual manera al bien jurídico protegido, resultan de forma injustificada diferentes consecuencias.

4) Por último, en cuanto a la problemática que surge en relación a la participación de sujetos *extranei* en los Delitos especiales, se ha visto como ha sido objeto de grandes debates, tanto doctrinales como jurisprudenciales. Lo cierto es que la autoría queda descartada en base a la “teoría de Infracción de Deber” por no poseer tales sujetos la condición de sujetos cualificados, y por tanto no ser portadores de un deber especial. Por su parte, se ha concluido que el art. 65.3 CP, que trata de dar solución a tal disyuntiva, se ocupa -bajo el punto de vista aquí manifestado- de forma exclusiva de los delitos especiales propios, estando los impropios en el ámbito del artículo 65.1 CP. Esto último sin romper el título de imputación, pues se tiene sólo en cuenta para la determinación de la pena (doctrina del desplazamiento del marco penal). En consecuencia, se mantendría el título pero se rebajaría la pena para el partícipe *extraneus* evitando problemas de accesoriedad. Acudiendo a otros ordenamientos jurídicos, se observa la tendencia de todos ellos de rebajar la pena para aquellos sujetos, respetando con ello el principio de proporcionalidad.

Después de sintetizar parte de las ideas principales que de esta investigación se han extraído, resta por realizar una reflexión, siquiera filosófica. Y es que resulta evidente que lo que se persigue con este tipo de aportaciones académicas, es conseguir abordar problemas existentes y que resultan de gran impacto en la sociedad por su injusticia, e intentar ofrecer soluciones de base jurídica que resuelvan ese desafuero. Lo cierto es, sin embargo, que quien debe practicar estas conclusiones es lo que en el mundo de la criminología- rama íntimamente relacionada con el Derecho Penal- se denomina “la criminalización primaria y la criminalización secundaria”. Es decir, el Legislador y los jueces y magistrados respectivamente. Ellos son en efecto, los que pueden ofrecer soluciones de forma expresa y con fuerza vinculante. Lo que sucede es que en el caso de los jueces y tribunales, son quienes tienen la facultad de interpretar las normas que el Legislador establece expresamente. Esa interpretación realizada por los jueces a veces es contradictoria entre los mismos, como sucede en el caso de *la casa de los gorilas*. Surge entonces la cuestión de determinar cuál es la posición correcta, pues ambas están fundamentadas en Derecho. Es entonces cuando la doctrina puede actuar como vía de ayuda a esa interpretación realizada por las instancias de la criminalización secundaria, lo que podría dar lugar a denominarse como una vía de *criminalización terciaria*.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Compendio di Diritto Penale. Parte generale*, Ed. Giuridiche Simone, Napoli, 2013.

ABANTO VÁSQUEZ, M.A. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”, en *Revista penal* nº14, 2004, pp. 3-23.

ABANTO VÁSQUEZ, M.A. *El tratamiento penal de los delitos contra la administración pública*, Ed. Lima: Palestra Editores, 2003.

ALVAREZ RUBIO, J. *Derecho de Sociedades*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

ALLER, G. “Análisis dogmático y práctico del delito de infracción de deber”, en *Revista CADE: doctrina y jurisprudencia*, nº 28, 2014, pp. 15-28.

ARMENDÁRIZ LEÓN, M^a. C. *El tipo de injusto en el delito de desacato*, Tomo II, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1995.

BETTIOL, G. *Diritto Penale. Parte generale*, Ed. CEDAM, Padova, 1982.

CAMARERO GONZÁLEZ, G.J. “Autoría y participación en los delitos especiales”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº11, 2003, pp. 143-174.

CANTERO CERQUELLA, C.J. *La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales*, Ed. Reus S.A, Madrid, 2010.

CARO JOHN, J.C. “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho penal, Asociación Peruana de Derecho Penal*, 2003, pp. 60-ss.

COBO DEL ROSAL, M. “Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal Español. (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, T.CCXII, Madrid, 1962, pp. 213-255.

COBO DEL ROSAL, M. *Comentarios al Código Penal*, Ed. EDERSA, Madrid, 2000.

COBO DEL ROSAL, M. *Derecho Penal. Parte especial*”, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M. *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MERCEDES *Autoría y participación en los delitos contra la administración pública*, en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte especial. III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 91-118.

DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MERCEDES *Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: dos reflexiones teóricas con incidencia práctica*, en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes* Ed. Tirant lo Blanch, Oviedo, 2013, pp. 91-118.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. "El funcionario público ante el Derecho Penal", en *Revista jurídica de Castilla y León*, 2010, nº 20, p. 17-78.

DEL SAZ CORDERO, S. "La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones: aplausos y críticas", en *Revista de administración pública*, nº 133, 1994, pp. 57-98.

DEL TORO MARZAL, A. *Comentarios al Código Penal*, Tomo II Ed. Ariel, Barcelona, 1972.

DELGADO MARTÍNEZ, M.J. "La responsabilidad de la Administración derivada de los delitos y faltas cometidos por sus funcionarios o la autoridad", en *Revista Mágina*, nº9, 2010, pp. 65-78.

DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M. "La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas", en *Revista Nuevo Foro*, nº 76, pp. 15-48.

FERRÉ OLIVÉ, J.C. *Autoría y Delitos Especiales en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Ed. Universidad de Castilla La-Mancha, Vol. 1, 2001, pp. 1013-1026.

FIANDANCA, G. *Diritto Penale. Parte generale*, Ed. Zanichelli, Bologna, 2013.

FIORE, C. *Diritto Penale. Parte generale*, Ed. UTET Giuridica, Milano, 2013.

GALLO, M. *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, Ed. Giuffrè, Milano, 1957.

GARCIA CAVERO, P. “La pena del partecipe *extraneus* en los delitos especiales”, en *Anuario de Derecho Penal*, Perú, 2009, pp. 115-126.

GARROCHO SALCEDO, A. M. “Los delitos de malversación”, en *EUNOMÍA Revista en Cultura de la Legalidad*, nº6, 2014, pp. 269-278.

GIMBERNAT ORDEIG, E. *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Ed. Servicio de publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, E. *Ensayos penales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

GÓMEZ MARTÍN, V. “Los Delitos especiales”, Universitat de Barcelona, 2003, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=3249> [Fecha de última consulta: 17/11/2015].

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el código penal de 1995: la prevaricación”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ*, Madrid, Vol.30, 1996, pp. 13-49.

GONZALEZ CUSSAC, J.L. *Delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GRIMA LIZANDRA, V. *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

HADWA ISSA, M. “El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal”, en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº3, 2007, pp. 5-18.

HERNANDEZ MOGOLLON, J.M.H. *Ferrocarril, turismo y sostenibilidad*, Ed. Septem, Oviedo, 2011.

INSOLERA, G. *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Ed. Giuffrè, Milano, 1956.

JAKOBS, G. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª correc., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAVATO MARTÍN, A. M^a. “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, en *revista jurídica de Castilla y León* nº 23, 2011, pp. 145-172.

LOPEZ DÍAZ, C. *Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

LORENTE VELASCO, S.M., *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

LOZANO CUTANDA, B. “Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Análisis de las principales reformas”, en *Diario La Ley*, nº 8156, pp. 1 y ss.

MARQUEZ CÁRDENAS, Á.E. y GONZALEZ PAYARES, O. “La coautoría: delitos comunes y especiales”, en *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, nº 28, 2008, pp. 29-50.

MARTÍN REBOLLO, L. “Personalidad jurídica y Huida del Derecho Administrativo (Reflexiones sobre el caso español)” en *Revista da faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Oporto, 2008, pp. 317-340.

MARTÍN REBOLLO, L. *Leyes administrativas*, 17^a ed., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C. *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, 2^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MARTÍN-RETORTILLO, S. “Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo. Revista de administración pública”, en *Revista de administración pública*, nº 140, 1996, pp.25-68.

MILANS DEL BOSCH, S. y DE URRÍES, J., 2014. “Sociedad mercantil local: el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal”, en *Cuadernos de derecho local*, nº35, 2014, pp. 121-139.

MIR PUIG, SANTIAGO *Delitos relacionados con el abuso de la función pública en Derecho español en La Criminología frente al abuso de poder (IX Cursos de Verano en San Sebastián - II Cursos Europeos)*, Ed. Universidad del País Vasco, 1992.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1990.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCIA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NIETO MARTÍN, A. *El régimen penal de los auditores de cuentas*, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, vol.2, 2001, pp. 407-432.

OLAIZOLA NOGALES, I. *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

OSSANDÓN WIDOW, M. “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”, en *Política criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº1, 2006, pp.1-22.

PADILLA ALBA, H.R./ROLDÁN BARBERO, H. *Manual de Derecho penal. Parte general. Adaptado al Plan Bolonia y actualizado conforme a la L.O. 5/2010, de 22 de Junio*, Ed. Don Folio, Córdoba, 2010.

PADOVANI, T. *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Ed. Giuffrè, Milano, 1973.

PAGLIARO, A. *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2008.

PASCUAL GARCÍA, J. “Fondos públicos y responsabilidad contable”, en *Revista española de control externo*, Vol. 1, nº2, 1999, pp. 173-200.

PASCUAL GARCIA, J. “La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público”, en *Presupuesto y Gasto Público*, Nº 60, 2010, pp. 109-128.

PECORARO-ALBANI, A. *Il concorso di più persone nel reato*, Ed. Giuffrè, Milano 1961.

PEÑARANDA RAMOS, E. *Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*, en *Estudios*

Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, Vol. 2, Ed. Edisofer. S.L, Madrid, 2008, pp. 1419-1452.

PETRUCCI, R. / PEZZANO, R. *Codice Penale Esplicato con commento essenziale articolo per articolo e schemi a lettura guidata*, Ed. Simone, Napoli, 2015.

POLITOFF LIFSCHITZ, S. *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, Ed. Jurídica de Santiago de Chile, Santiago, 2004.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “El concepto penal de funcionario público”, en *Cuadernos de política criminal*, nº27, 1987, pp. 477-508.

QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al Código Penal Español*, 4ª ed., Ed. Aranzadi, 2004.

QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002.

RAMÓN RIBAS, E. “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 34, 2014, pp. 173-223.

RANIERI, S. *Il concorso di più persone in un reato*, Ed. Giuffrè, Milano, 1962.

REBOLLO VARGAS, R. “Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales: particular referencia al delito de tortura”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 53, nº1, 2000, pp. 133-168.

REBOLLO VARGAS, R. *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996.

ROBLES PLANAS, R. & RIGGI, E. “El extraño artículo 65.3 del Código Penal” en la revista para el análisis del Derecho *InDret*, nº 4, 2008.

ROBLES PLANAS, R. *La participación en el delito: fundamento y límites*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2003.

ROCA AGAPITO, LUIS *Lección 14ª – Malversación en Tratado de derecho penal español Parte especial. III, Delitos contra las administraciones públicas y de justicia*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 493-550.

ROXIN, C. *Sobre la Autoría y Participación en el derecho penal* en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Ed. Pannedile, Buenos Aires, 1970.

RUEDA MARTIN, M.A. "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 8, 2001, pp. 127-166.

SANCHEZ LERMA, G. A. en "Responsabilidad contable y gestión en las sociedades públicas" en *Auditoría Pública*, nº64, 2014, pp.105-122.

SANCHEZ SÁNCHEZ, L.C. "El impacto de la actividad fiscalizadora de las entidades públicas de control en el buen uso de los recursos públicos" en *Revista española de control externo*, nº 22, 2006, pp. 33-56.

SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

VALEIJE ALVAREZ, I "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública", en *Cuadernos de política criminal*, nº 62, 1997, pp. 435-498.

VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. *Los delitos contra la administración pública: teoría general*, Ed. Universidad Santiago de Compostela, 2003.

VIADA BARDAJÍ, S. "Corrupción en la vida pública: La malversación de caudales públicos", en *Revista de la Abogacía Española*, el 16-1-2014. Disponible en <http://www.abogacia.es/2014/01/16/la-malversacion-de-caudales-publicos> [Fecha de última consulta: 17/11/2015].

VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, R.H. *La participación en los delitos de infracción de deber: problemas dogmáticos y una propuesta de solución*, Ed. EAE, Saarbrücken, 2011.