

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Edición al cuidado de
Adela ASUA BATARRITA

R. 101.933



ÍNDICE

Presentación, Josu Iñaki Erkoreka Gervasio	7
Introducción, Adela Asua Batarrita	9
PRIMERA PARTE: ASPECTOS GENERALES DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN	11
1. La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria	13
Adela Asua Batarrita	
2. Especialidades procesales en los delitos de los funcionarios públicos	57
Alfonso Aya Onsalo	
3. La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en los delitos de los funcionarios públicos	71
Alfonso Aya Onsalo	
4. Concepto de funcionario público a efectos penales	77
Inés Olaizola Fuentes	
5. Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento de cargo	85
Inés Olaizola Fuentes	
6. La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados	95
Norberto J. de la Mata Barranco	
SEGUNDA PARTE: DELITOS ESPECÍFICOS DE FUNCIONARIOS	119
7. El delito de prevaricación del funcionario público	121
M.ª José Virto Larruscain	
8. El delito de cohecho	161
Miguel Díaz y García Conledo	
9. El delito de tráfico de influencias	171
Miguel Díaz y García Conledo	
10. Malversación de caudales públicos	179
Xabier Etxebarria Zarrabeitia	

© Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi
Euskadiko Autonomia Elkarteko Administrazioa

Edita: Instituto Vasco de Administración Pública
Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea

ISBN: 84-7777-156-1

Depósito Legal: BI-620/97

Fotocomposición: Didot, S.A., Nervión, 3-6.º - 48001 BILBAO

Imprime: Boan, S.A., Padre Larramendi, 2 - 48012 BILBAO

tensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario".

La expresión "que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados" puede acoger perfectamente la jurisprudencia mencionada más arriba (sobre todo al haberse suprimido la palabra "y exclusiva"), y reconoce la existencia de dos vías jurisdiccionales compatibles, la penal y la contencioso-administrativa, pudiendo el perjudicado elegir la que prefiera, sin que ello pueda dar lugar, naturalmente, a una duplicidad de indemnizaciones. Sin embargo, realiza una limitación al referirse exclusivamente a los delitos y omitir las faltas, lo cual planteará importantes problemas, salvo que la expresión "delitos" sea interpretada como "infracciones penales".

Art. 120.3.º

La responsabilidad del antiguo art. 21 —delitos cometidos en establecimientos dependientes de la administración pública— tiene su traducción en el artículo 120.3.º del nuevo Código Penal:

"Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción".

Posibilidad de defensa de la Administración en el proceso

En cualquier caso, para que se condene a la Administración al pago de una indemnización, deberá ésta ser parte en el proceso, pudiendo defenderse en todas las fases del mismo y realizándose el pronunciamiento sobre su responsabilidad civil en la misma sentencia en que se resuelva la cuestión penal.

CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO A EFECTOS PENALES

Inés Olaizola Fuentes
Profesora Ayudante de Derecho Penal
Facultad de Derecho de la Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO ADMINISTRATIVO DE FUNCIONARIO PÚBLICO. III. CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO. 1. Referencia a la función pública. 2. Títulos de incorporación. IV. CONCEPTO DE AUTORIDAD. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Interesa definir el concepto de funcionario público a efectos penales, para poder delimitar el alcance de numerosas previsiones del Código penal en tres niveles:

Interés por definir el concepto de funcionario

- En primer lugar, cuando se realicen determinadas conductas delictivas de las que sólo pueden ser autores los funcionarios públicos.
- En segundo lugar, cuando se trate de delitos en los que la cualidad de funcionario o de autoridad es lo que caracteriza al sujeto pasivo o al objeto material de la conducta.
- En tercer lugar, porque determinadas agravantes se configuran sobre esa posición; así, por ejemplo, "prevalerse del cargo público que tenga el culpable" (art.22,7.º CP). O las numerosas cualificaciones de la pena que se producen cuando es un funcionario el que comete un delito común.

La primera cuestión que se plantea es si el Derecho penal maneja un concepto propio de funcionario, o si debe utilizarse un concepto importado de otras ramas jurídicas como el Derecho administrativo. Se puede adelantar ya, por las razones que a continuación se verán, que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el concepto penal de funcionario público es un concepto autónomo y propio de esta rama jurídica.

Concepto propio de funcionario

La autonomía del concepto penal se fundamenta en que al legislador penal no le interesa tanto la "calificación jurídica" que merezca el desempeño de un trabajo o responsabilidad en la Administración, sino el hecho de que un sujeto interviene en el funcionamiento de la Administración, dependiendo de él la corrección del servicio público.

Autonomía del concepto penal de funcionario público

Esto es lo que les daría la especialidad y lo que les haría dignos de un tratamiento distinto. De esta razón se deduce ya que la con-

cepción penal de funcionario público tendrá una extensión mayor que la administrativa, pero a la vez más restringida, por cuanto sólo si se ejercita la función pública se será funcionario a efectos penales.

II. CONCEPTO ADMINISTRATIVO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Concepto administrativo de funcionario

La Ley de funcionarios civiles del Estado (LFE), aprobada por el Decreto 315/64, de 7 de febrero, define en su art.1 a los funcionarios de la Administración pública como:

“las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo”.

En el art.3 LFE se establece que los funcionarios que se rigen por esta ley pueden ser de carrera o empleados:

“Los funcionarios de carrera se integran en Cuerpos generales y Cuerpos especiales. Los funcionarios de empleo pueden ser eventuales o interinos”.

Art.4 LFE:

“Son funcionarios de carrera los que, en virtud de nombramiento legal, desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado”.

Art.5 LFE:

“Son funcionarios interinos los que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera”.

Conforme al art.7 LFE no son en ningún caso funcionarios, sino trabajadores al servicio de la Administración civil “los contratados por ésta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable”.

Requisitos conforme a la LFE

Se pueden deducir tres requisitos exigidos por la LFE como necesarios para ser considerado funcionario a efectos administrativos:

- La incorporación a la Administración pública. Incorporarse implica, como afirma GUAITA, “incrustarse” en la Administración.
- Los servicios que el sujeto presta a la Administración deben ser retribuidos y profesionales.
- Por último exige la LFE que la relación existente entre el sujeto y la Administración venga regulada por el Derecho administrativo, considerando “trabajadores” a los sujetos contratados por la Administración en régimen de Derecho laboral.

III. CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Frente a la definición establecida en la LFE, el art.24,2.º CP exige únicamente dos requisitos para ser funcionario a efectos penales: un determinado título habilitante y la participación en la función pública:

Requisitos del concepto penal de funcionario

“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”.

1. Referencia a la función pública

En la doctrina penalista no se ha profundizado sobre el concepto de función pública. Es preciso tener en cuenta que un sujeto para ser funcionario a efectos penales necesita en todo caso poseer un título que le habilite para ello, no bastando el mero ejercicio de la función pública, que será requisito necesario, pero no suficiente.

Se han dado tres definiciones del concepto de función pública:

Participación en la función pública

a) Según QUERALT, la distinción entre funciones públicas y privadas no podrá ser sino formal. Esto es, si la actividad del ente público del que se trate está sometida a Derecho privado, será, esa actividad, una función privada; si está sometida a Derecho público, será una función pública. En consecuencia, quienes presten sus servicios en una entidad sometida al Derecho público serán funcionarios públicos a efectos penales independientemente de que su régimen estatutario personal no sea público.

Definiciones de función pública
Actividad regulada por D.º público

b) Un segundo criterio defendido entre otros por CASAS BARQUERO y MUÑOZ CONDE define la función pública desde el punto de vista teleológico como la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales.

Criterio teleológico: interés social o colectivo

c) El tercer criterio combina el criterio funcional con el criterio teleológico, y define la función pública como aquellas manifestaciones de la actividad del Estado que consisten en legislar, juzgar y ejecutar, y mediante las cuales el Estado persigue sus fines. Criterio defendido por ZANNOBINI.

Criterio funcional y teleológico

d) El Tribunal Supremo por su parte, define función pública: “como aquella actividad determinada por el interés servido, por la tendencia y finalidad de los actos realizados para conseguir actividades públicas y no privadas, dirigidas al bien común y desde dentro de un órgano oficial, estatal, provincial o corporativo de igual condición pública” [STS 23-4-1973, (A.1772)]; “...habiéndose de entender por función pública la que se desenvuelve por el Estado o Corporaciones públicas en beneficio

Definición del TS

de la Comunidad y en cumplimiento de los fines que le están atribuidos" [STS 20-1-1978, (A. 81)].

Concepto mixto de función pública

Siguiendo la línea jurisprudencial una serie de autores defienden un concepto mixto de función pública formado por tres elementos: a) elemento subjetivo (función pública es la llevada a cabo por un ente público); b) elemento objetivo (función pública es la realizada mediante actos sometidos al Derecho público); y c) elemento teleológico (función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos). El tercer elemento sería esencial, en el sentido de que su ausencia privaría en todo caso del carácter público a la función y en consecuencia al funcionario, porque lo que convierte a un acto en relevante y público es que dicho acto tienda a satisfacer las necesidades generales, que tienda a un fin colectivo.

2. Títulos de incorporación

Título habilitante de incorporación de funcionario

Al lado del requisito de participación en el ejercicio de las funciones públicas, el art.24,2 CP exige que dicha participación se realice en virtud de uno de los tres siguientes títulos: por disposición inmediata de ley, por nombramiento de autoridad competente o por elección.

Las dos segundas modalidades tienen también como origen la disposición legal que regula la elección o el nombramiento, pero no se trata de una disposición inmediata de ley. Se discute si por ley ha de entenderse ley en sentido estricto o cabe considerar incluidas otras normas de rango inferior. De optarse por la primera interpretación, la más restrictiva, cabe decir que la incorporación por decreto u orden ministerial constituye una forma de nombramiento por la autoridad competente.

Casuismo: funcionario público en la jurisprudencia

Después de analizar someramente desde un punto de vista teórico el concepto de funcionario, veamos a continuación una relación de casos jurisprudenciales en los que se discutía si el sujeto era o no funcionario a efectos penales:

STS 15-2-1990 (A.1934): se considera funcionario público al empleado del Registro de la Propiedad, porque la función que cumple en el Registro es una función pública; de la misma forma considera funcionarios públicos a los empleados de las notarías.

STS 23-2-1990 (A.2096): Los empleados de la Cámara agraria no son funcionarios públicos, porque las cámaras agrarias deben su existencia a la iniciativa de las personas privadas y tienen carácter privado, pues no forman parte de los organismos del Estado. No puede considerarse función pública a una actividad por similitud a aquella.

STS 7-2-1990 (A.1287): Los concejales son, sin ningún género de dudas, funcionarios públicos. El concepto penal de funcionario com-

prende no sólo a los funcionarios permanentes y profesionales, sino también a los funcionarios políticos y electivos.

STS 12-6-1990 (A.5276): Los empleados de los entes públicos, independientemente de que ostenten un contrato laboral, son siempre funcionarios a efectos penales.

STS 13-3-1992 (A.2087): Un empleado de tabacalera no es funcionario público. Se trata de una persona física que no ostenta nombramiento público y que sirve a una sociedad mercantil anónima y la sirve en relación de contrato mercantil. El personal que presta sus servicios en una empresa pública no es por ese solo hecho funcionario público. Además, los fondos de tabacalera no son fondos públicos. Tabacalera es una sociedad mercantil anónima, concesionaria de un monopolio comercial adjudicado por concurso, tiene fin lucrativo, se gestiona mercantilmente y obtiene unos beneficios de los que parte van al Estado a cambio de la concesión exclusiva, y en sus órganos rectores hay una representación del Estado para velar por el cumplimiento del contrato, pero ello no es suficiente para atribuir a su género la cualidad de caudales públicos.

De las sentencias expuestas se deducen dos conclusiones:

Conclusiones

- En primer lugar, que es indiferente para ser considerado funcionario a efectos penales que la relación del empleado a la Administración tenga naturaleza de contrato laboral.
- En segundo lugar, que los cargos políticos son funcionarios públicos a efectos penales, y a partir del CP de 1995 algunos de ellos van a ser considerados autoridades. Ya con el anterior CP la mayoría de los cargos políticos eran considerados por la mayoría de la doctrina "autoridades" a efectos penales, pero el CP de 1995 ha querido despejar cualquier rastro de duda y declara expresamente el carácter de autoridad de los mismos.

Un problema interesante que se puede plantear es si ostentan o no la condición de funcionarios a efectos penales los empleados de las empresas públicas.

Dentro de estas empresas se distinguen aquellas que funcionan sometidas a un régimen de Derecho público y aquellas que se rigen por un régimen de Derecho privado. Respecto a las primeras, el TS ya se ha pronunciado a favor de considerar a todo el personal de las mismas, tanto el que está sujeto a un régimen estatutario como el sometido al Derecho laboral, funcionario público a efectos penales, al considerar que si no sería sancionar de distinta manera a dos personas por su régimen laboral cuando en muchas ocasiones estarían desempeñando el mismo trabajo (la STS 9-2-1976 atribuye la condición de funcionario a un empleado del Banco de Crédito Industrial; la STS de 9-12-1975 considera funcionario a un empleado del Instituto Nacional de Previsión; la STS 6-3-1981 considera funcionario público a un corresponsal de la Obra de Previsión Social y Secretario de la

Problema relativo a los empleados de empresas públicas
Diferencia entre empresas que se rigen por Dº público y privado

Comisión Local de Seguridad Social; la de 5-2-1991 considera funcionario a efectos penales a un empleado de la Recaudación de Contribuciones de Sevilla).

Problema:
personal no
funcionario de
entidades de D°
público en
régimen de D°
privado

Más problemas se pueden plantear respecto al personal no funcionario dependiente de entidades de Derecho público en régimen de Derecho privado, es decir, para los entes constituidos como sociedades mercantiles regulados por el Derecho privado que actúan en régimen de libre competencia (empresas públicas). En una reciente monografía de REBOLLO VARGAS, el autor plantea este problema y llega a la conclusión de que también dicho personal debería ser considerado funcionario a efectos penales. Según este autor, a pesar de la pretendida separación entre dos tipos de entes públicos económicos, ambos responden a la misma naturaleza jurídica: están constituidas por patrimonios públicos adscritos a un fin público que consiste, en general, en un servicio público económico. Por consiguiente, según REBOLLO, cuando se persigan fines públicos con una función social indudable y cuando su vínculo con el ente se haga por Ley o por nombramiento de Autoridad competente, el personal que presta sus servicios en ellos debería disponer de la condición de funcionario público a efectos penales. Ello llevaría, según este autor, a que el TS en cada caso determinara si por el origen del nombramiento y por la participación en funciones públicas un sujeto podría ser considerado funcionario a efectos penales, con los consiguientes riesgos y fluctuaciones. Por eso, REBOLLO plantea una propuesta de *lege ferenda* en la que el personal laboral de las entidades del sector público, ya esté vinculado a organismos autónomos en régimen de Derecho público o a entidades de Derecho público en régimen de Derecho privado, disponga de la condición de funcionario a efectos penales. Eso sí, siempre que concurra el elemento subjetivo (relativo al correspondiente nombramiento) y objetivo (o de actividad consistente en la participación en el ejercicio de la función pública). Esta propuesta no plantea problemas respecto a la participación en el ejercicio de las funciones públicas, porque se puede considerar que el personal que presta sus servicios en un ente público sí que ejercita funciones públicas. Más problemas plantea el otro requisito: el título que lo habilite para el ejercicio de esa función pública. REBOLLO afirma que podría interpretarse que si la Ley de creación del ente público es la que dispone las relaciones entre éste y los empleados, a la vez, también puede tener la virtualidad suficiente para ser considerado título habilitante para la participación en el ejercicio de la función pública, con lo cual el personal laboral del sector público tendría la consideración de funcionario público a efectos penales.

Dificultades de
la propuesta

Sin pararnos en este momento, porque ello llevaría a detenernos demasiado en este punto, a analizar problemas de fondo o materiales de la propuesta de REBOLLO se puede destacar una dificultad formal que lleva aparejada la propuesta expuesta, y es que van a ser muy

pocas veces las que la ley de creación del ente público establezca las relaciones entre éste y los empleados, salvo que nos conformemos con que la Ley exprese de manera general las relaciones, pero creo que el CP exige que el título habilitante sea de carácter individual para cada sujeto.

No obstante, merece la pena mencionar la propuesta de REBOLLO, no sólo por su carácter novedoso, sino por ser de los pocos penalistas que en España han abordado este tema.

IV. CONCEPTO DE AUTORIDAD

Para terminar este apartado es necesario determinar también el concepto penal de autoridad, ya que el CP se refiere conjuntamente al "funcionario" y a la "autoridad" en las previsiones específicas de delitos contra la Administración, pero a veces en delitos donde la conducta consiste en atacar a un funcionario se diferencia entre ambas figuras; por ejemplo, el art.551 CP que recoge el delito de atentado establece distinta pena según el ataque se dirija contra una autoridad (pena de prisión de dos a cuatro años) o contra un funcionario (pena de prisión de uno a tres años).

Es cuestión pacífica en la doctrina que toda autoridad es funcionario público, porque es inimaginable una persona que sea autoridad y que no participe en la función pública en virtud de un título habilitador. Sin embargo, no todo funcionario público es a su vez autoridad.

Se define autoridad en el art.24,1.º CP:

"A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal".

Por tanto el CP considera autoridad a aquel funcionario público que además tenga mando o ejerza jurisdicción propia.

En cuanto a la interpretación tradicional, que equipara mando con poder, ha sido objeto de críticas por su amplitud e imprecisión, además de por sus connotaciones ideológicas y autoritarias, salvo que se especifiquen las funciones asociadas a una facultad o poder legalmente asignados.

Por ello, hoy, mayoritariamente, el término mando se relaciona con la situación jerárquica de quien puede exigir "obediencia" a sus órdenes. Esta relación queda reflejada en el hecho de que el incumplimiento del mandato de una autoridad pueda dar lugar a un delito de desobediencia del art. 410 CP.

Interés en
definir autoridad

Definición legal
de autoridad

Requisitos

Primer requisito:
mando

2º: jurisdicción propia

Por otro lado, es autoridad quien ejerza jurisdicción propia. Así serán considerados autoridades cualquier juez que actúe dentro de su competencia, así como los funcionarios que posean competencia para resolver en negocios administrativos, pero con jurisdicción propia y no delegada.

Novedad del CP 1995

Por último, y como novedad más importante, el CP de 1995 atribuye expresamente el carácter de autoridad a los "miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo". No dice nada el precepto acerca de los miembros de las Diputaciones, habrá que entender, por tanto, que quedan excluidos por la imposibilidad de interpretar analógicamente el Código penal cuando dicha analogía es contra reo (art.4,1.º CP).

V. BIBLIOGRAFÍA

COBO DEL ROSAL, "Examen crítico del párrafo 3.º del artículo 119 del Código penal español", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 212, 1962, págs. 213-255.

DEL TORO MARZAL, *Comentarios al Código penal*, vol. II, Barcelona, 1972, págs. 725-749.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Autoridad y funcionario público a efectos penales", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid, 1995, págs. 710-711.

QUERALT JIMÉNEZ, "El concepto penal de funcionario público", en *Cuadernos de política criminal*, n.º 27, 1985, págs. 477-507.

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

PREVISIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE PENALIDAD. INHABILITACIÓN Y SUSPENSIÓN. LA AGRAVACIÓN GENÉRICA DE PREVALIMIENTO DE CARGO

Inés Olaizola Fuentes

Profesora Ayudante de Derecho Penal

Facultad de Derecho de la Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. PENAS ESPECÍFICAS RELATIVAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS: INHABILITACIÓN Y SUSPENSIÓN. 1. Su condición de penas privativas de derechos. 2. Inhabilitación absoluta. 3. Inhabilitación especial. 4. Suspensión. 5. Penas principales y accesorias. II. LA AGRAVACIÓN: PREVALERSE DEL CARGO PÚBLICO QUE TENGA EL CULPABLE —ART. 22-7.º CP—. 1. Introducción. 2. Ambito de aplicación de la agravante. 3. Cualificaciones específicas. III. BIBLIOGRAFIA.

I. PENAS ESPECÍFICAS RELATIVAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS: INHABILITACIÓN Y SUSPENSIÓN

1. Su condición de penas privativas de derechos

La expresión "penas privativas de derechos" se usa tradicionalmente en un sentido más estricto de lo que literalmente sugiere.

Literalmente toda pena priva de algún derecho y, sin embargo, se consideran de esta clase sólo las penas que privan de ciertos derechos distintos a la vida, la libertad o la propiedad. Conforme al art. 39 CP:

"Son penas privativas de derechos:

- a) La inhabilitación absoluta.
- b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.
- c) La suspensión de empleo o cargo público.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
- g) Los trabajos en beneficio de la comunidad".

Las penas, según el nuevo CP, art. 33, se dividen en penas graves, menos graves y leves, en función de su naturaleza y duración.

Penas privativas de derechos