

LA DEROGACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 24.2 CP (CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO)

Eduardo Ramon Ribas

Profesor Titular de Derecho Penal
Universitat de les Illes Balears

Resumen: El artículo 24.2 del Código Penal define el concepto de *funcionario público a efectos penales*. Elemento nuclear de dicho concepto es la *participación en el ejercicio de funciones públicas*. Tanta trascendencia ha adquirido el concepto *función pública* que frecuentemente se olvida que no es el único requisito para ser adjetivado, a efectos penales, funcionario público. El problema radica en el hecho de soslayar la primera exigencia introducida por el artículo 24 CP para considerar funcionario público a una persona, esto es, la existencia de un título habilitante. A su necesaria concurrencia se refiere reiteradamente el Tribunal Supremo al afirmar que son dos los elementos necesarios: el título y la función. Esta reiteración no ha impedido, sin embargo, ignorar la concurrencia del mentado *título* mediante la adopción, por razones de justicia, de un *concepto material de nombramiento* que ignora la sumisión al principio de legalidad e invade competencias del legislador.

Palabras clave: funcionario público, función pública, títulos habilitantes, nombramiento material

Recibido: junio 2014. Aceptado: agosto 2014

Abstract: The article 24.2 of the Criminal Code defines the concept of public servant for criminal purposes. Nuclear element of this concept is the participation in the exercise of public functions. So transcendence has acquired the concept public function that is often forgotten that is not the only requirement to be qualified, for criminal purposes, public servant. The problem in the fact to circumvent the first requirement introduced by the article 24 CP to consider public servant to a person, that is, the existence of enabling title. For their necessary concurrency repeatedly referred the Supreme Court to affirm that there are two necessary elements: the title and function. This reiteration has not prevented, however, ignore the concurrency of enabling title through the adoption, for reasons of justice, of a material concept of appointment that ignores the submission to the principle of legality and invades powers of the legislature.

Keywords: public servant, public function, enabling titles, material appointment

Sumario: 1.- El concepto legal de funcionario público en el ámbito del Derecho Penal. 2.- La participación en el ejercicio de funciones públicas: elemento central y fundamento de la interpretación extensiva del concepto de funcionario público. 3.- El concepto *penal* de función pública. 4.- El modo de acceso a la *función pública penal*: títulos habilitantes. 4.1.- Participación en el ejercicio de funciones públicas *por disposición inmediata de la Ley*. 4.2.- Participación en el ejercicio de funciones públicas *por elección*. 4.3.- Participación en el ejercicio de funciones públicas *por nombramiento de autoridad competente*. 4.3.1.- Distinción entre *funcionarios de carrera* (disposición inmediata de la Ley) y *otros funcionarios* (nombramiento). 4.3.2.- El concepto *material* de nombramiento. 4.3.3.- Interpretación extensiva y analogía

1. El concepto legal de funcionario público en el ámbito del Derecho Penal

El artículo 24.2 del Código Penal, integrado en el Capítulo VI (*Disposiciones generales*) del Título Primero (*De la infracción penal*) del Libro Primero de dicho texto legal, establece 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*”.

El Código Penal, como observa QUINTERO OLIVARES¹, contiene un importante número de delitos en los que la esfera de posibles autores está limitada a autoridades o funcionarios o en los que tal condición cualifica y modifica la tipicidad aplicable (delitos especiales propios o impropios). Además, sigue explicado dicho autor, algunas infracciones tienen su significación propia precisamente en la medida en que van dirigidas contra autoridades o funcionarios. *“Estas dos circunstancias, especialmente la primera, hacen que la interpretación legal del concepto de funcionario revista particular importancia”*².

En similar sentido se expresa DE LA MATA BARRANCO, el cual destaca que en el Código Penal español vigente la condición de funcionario público se atiende desde diversas perspectivas: *“no sólo para configurar tipos específicos de cuya autoría sólo puede ser responsable quien reúna dicha condición. Las cuestiones de la negligencia profesional, de la especial posición de garante de la indemnidad de determinados bienes jurídicos y de la agravación de pena en delitos comunes —por la mayor facilidad comisiva que tal condición puede implicar o por el mayor reproche que cabe hacer cuando el delito se comete por quien está encargado de tutelar el correcto funcionamiento de la Administración o, al menos, de ayudar al mismo y no por un mero particular— son todos ellos aspectos que también el legislador tiene en cuenta. El ser funcionario público implica asimismo en Derecho Penal determinadas particularidades procesales al enjuiciar delitos cometidos por o contra ellos y, por supuesto, la*

1 Vid. QUINTERO OLIVARES, “Comentario al artículo 24 CP”, en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, director Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, 2011, págs. 318 y 319.

2 “Aunque”, lógicamente, *“no sólo sea ese factor el que haya de determinar, por ejemplo, la existencia de un delito de malversación, pues ello será el fruto de la combinación entre la condición subjetiva del autor y el objeto de ataque de su acción”*. Vid. QUINTERO OLIVARES, “Comentario al artículo 24 CP”, ob. cit., pág. 319.

*previsión de penas específicas que inhabilitarán o suspenderán el ejercicio del cargo*³.

El concepto de *funcionario público a efectos penales* contenido en el artículo 24.2 CP es, como observan COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, prácticamente idéntico al que proporcionaba el Código penal anterior en su artículo 119: sólo se observa, como indican aquellos autores, una modificación estilística (la sustitución de la proposición *en por del* en relación con el ejercicio de funciones públicas), por lo que permanecen sus elementos constitutivos⁴.

Aunque el concepto penal de funcionario público es, como afirma OCTAVIO DE TOLEDO, autónomo, distinto, por tanto, del concepto administrativo⁵, no es, como matizan COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, totalmente ajeno a este último, y ello “*en la medida en que el Derecho administrativo regula las formas en que el funcionario público puede adquirir dicha condición, bien por disposición inmediata de la Ley, bien por elección, o bien por nombramiento de la autoridad competente*”⁶. La consulta al Derecho administrativo resulta obligada, por tanto, para determinar el concepto penal de funcionario público.

Existe, por otra parte, un elemento común a las nociones penal y administrativa de funcionario público, pues, como pone

3 “*En todo caso, es sin duda el análisis de aquellos delitos, especiales, que sólo un funcionario público puede cometer, los que permiten una visión de conjunto del modo en que se trata a este y de las cautelas que en el ejercicio de la función pública han de desplegarse por quienes participan del mismo. Todo ello a partir de un concepto, el de funcionario público, definido de modo autónomo por el Derecho Penal*”. Vid. DE LA MATA BARRANCO, “El funcionario público ante el Derecho Penal”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 20, enero 2010, pág. 13.

4 Vid. COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, “Comentario al art. 24 CP”, en *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Artículos 24 a 94*, director Manuel Cobo del Rosal, Madrid 2000, pág. 35

5 Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid 1990, *passim*.

6 Vid. COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, “Comentario al art. 24 CP”, *ob. cit.*, pág. 36.

de manifiesto COBO DEL ROSAL, el sujeto debe *participar en el ejercicio de la función pública*, nota que vertebrada, y en la que confluyen, cualquier definición de funcionario público⁷.

En relación con la naturaleza del artículo 24.2, es interesante destacar, de acuerdo con este último autor, que dicho precepto incorpora un concepto normativo y funcional de funcionario público⁸. En defecto de una disposición como la contenida en dicho precepto, el intérprete, como observa VALEIJE ÁLVAREZ, se encontraría ante una difícil situación a la hora de integrar el elemento normativo *funcionario público*, pues debería “*bucear en cada una de las distintas normativas que hacen referencia al funcionario público y en virtud de la solución aportada por cada una de ellas dilucidar el caso concreto*”, generándose una elevada *inseguridad*⁹.

Nos hallamos, por tanto, ante una norma interpretativa auténtica que indica al juzgador penal lo que debe entender por funcionario público a efectos penales. “*El legislador le indica al Juez que debe dejar de lado la idea de que sólo los funcionarios públicos administrativos pueden realizar los delitos que dentro del C.P. reclaman como sujeto activo o pasivo a un funcionario público, y que por lo tanto, debe incluir dentro de aquel concepto a otros sujetos que estando a disposición del Estado tienen a su cargo el ejercicio de funciones públicas*”¹⁰.

7 Vid. COBO DEL ROSAL, “Examen crítico del párrafo tercero del artículo 119 del Código penal español. (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero de 1962, págs. 239.

8 Vid. COBO DEL ROSAL, “Examen crítico del párrafo tercero del artículo 119 del Código penal español. (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, ob. cit., págs. 272 y siguientes.

9 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997, pág. 442.

10 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 444.

El artículo 24.2 CP “no es”, en suma, “una norma en cuanto interpreta, sino en cuanto impone una interpretación auténtica entre todas las que son admisibles”¹¹ (o, más exactamente, *entre todas las que, si no existiera, serían admisibles*). Para decidir quién es, a efectos penales, *funcionario público* es preciso, en fin, interpretar los términos de la norma interpretativa.

2. La participación en el ejercicio de funciones públicas: elemento central y fundamento de la interpretación extensiva del concepto de funcionario público

Elemento nuclear de este concepto¹², sobre el que descansa la afirmación, absolutamente consolidada doctrinal y jurisprudencialmente, de que es mucho más amplio que el concepto administrativo de funcionario público¹³, es la *participación en*

11 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 445.

12 Destacan su trascendencia, entre otros, COBO DEL ROSAL, “Examen crítico del párrafo tercero del artículo 119 del Código penal español. (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, ob. cit., pág. 239; LLABRES FUSTER/TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La responsabilidad penal del miembro del jurado*, Barcelona 1998, págs. 21 y 22; GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia 1994, pág. 88.

13 Vid, entre otros muchos, REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por Funcionario Público*, Barcelona 1996, págs. 78-79; RODRÍGUEZ MESA, *Tortura y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada 2000, pág. 215; GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, Granada 1999, pág. 78; BARQUIN SANZ, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes*, Madrid, 1992, pág. 236; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *Los delitos contra la administración pública. Teoría general*, Santiago de Compostela 2003, pág. 344; ORTS BERENGUER, “Comentario al artículo 24 CP”, en *Comentarios al Código penal de 1995*, coordinador T. S. Vives Antón, Valencia 1996, pág. 273; RODRÍGUEZ MOURULLO, “Comentario al artículo 24 CP”, en *Comentarios al Código penal*, VV.AA, Madrid 1997, pág. 160; MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, Barcelona 2000, págs.. 206 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Editorial de Derecho

el ejercicio de funciones públicas, nota característica, por otra parte, que dota al concepto de funcionario público no sólo de funcionalidad sino también de dinamismo¹⁴.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sección Primera) núm. 166/2014, de 28 de febrero, destaca, en consonancia con dicha afirmación, que el concepto de funcionario público, a efectos penales, “*se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo*”. “*Es*”, en fin, “*un concepto marcadamente funcional*”¹⁵.

Dicho de otro modo, y con toda contundencia: “*no puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado “levantamiento del velo”: estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una “huída del Derecho Penal”, sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material*”¹⁶.

Reunidas SA, Madrid 1990, págs. 145-147; MIR PUIG, “Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*. CDJ, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 312

14 Vid. COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, “Comentario al art. 24 CP”, ob. cit., pág. 47.

15 Vid. Fundamento de Derecho Noveno.

16 Vid. STS núm. 166/2014, de 28 de febrero, cit., Fundamento de Derecho Noveno.

Como primer punto de referencia jurisprudencial en esta materia estima el Tribunal Supremo¹⁷ *digna de ser evocada* la STS núm. 1590/2003, de 22 de abril.

En efecto, en esta última sentencia nuestro más Alto Tribunal, apelando a su propia doctrina, destaca la independencia del Derecho Penal, en este ámbito, respecto del Derecho Administrativo: *el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24.2 CP “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 (STS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001). 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” (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto”*¹⁸.

Es decir, *“se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), 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*

17 Vid. STS núm. 166/2014, de 28 de febrero, cit., Fundamento de Derecho Octavo.

18 Vid. STS núm. 1590/2003, de 22 de abril, Fundamento de Derecho Decimotercero.

que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo”¹⁹.

La participación en el ejercicio de funciones públicas puede presentarse, según la referida STS núm. 1590/2003, de 22 de abril, *“tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de 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*²⁰, *de modo que “cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública” (STS de 27 de enero de 2003)*”²¹.

Tanta trascendencia ha adquirido el concepto **función pública** que no ha resultado infrecuente obviar que participar en su ejercicio no es el único requisito para ser adjetivado, a efectos penales, funcionario público. Esta situación fue ya advertida por VALEIJE ÁLVAREZ, quien destacó que dado el peso que se le confiere al elemento típico *participar en el ejercicio de funciones públicas* para adquirir la condición de funcionario, *“termina considerándose que, vía artículo 24, funcionario público a efectos penales es «todo aquel que participe en funciones públicas», independientemente de que exista o no un título de incorporación o de cuál sea la índole o la finalidad de las funciones desempeñadas. O sea, esta interpretación doctrinal, que goza de un gran número de partidarios, prescinde de entrar a considerar el tipo de*

19 Vid. STS núm. 1590/2003, de 22 de abril, cit., Fundamento de Derecho Decimotercero.

20 *“Está admitido que el Estado puede actuar mediante sociedades estatales revistiendo formas jurídico privadas, por considerarse que de esa manera se gestiona más adecuada y eficazmente los intereses generales, situación que se presenta en este caso, que para gestionar intereses generales se buscó la creación de una empresa con la forma de sociedad anónima”*. Vid. STS núm. 1590/2003, de 22 de abril, cit., Fundamento de Derecho Decimotercero.

21 Vid. STS núm. 1590/2003, de 22 de abril, cit., Fundamento de Derecho Decimotercero.

*relación subjetiva que existe entre el sujeto y la Administración, poniendo, en cambio, el acento en la efectiva participación en funciones públicas, núcleo en torno al cual gira para todos ellos el concepto penal*²².

Las consecuencias de este planteamiento, según dicha autora, “*no se hacen esperar, y así de inmediato se desprende que la existencia de una participación excepcional o singular en el ejercicio de la función pública es criterio suficiente para atribuir la cualidad de funcionario público a efectos penales, atendiendo solamente a dicho ejercicio*”²³. Traducido ello a efectos prácticos sucede que “*la delimitación y alcance del párrafo 2º del artículo 24 dependerá fundamental y prioritariamente del concepto de función pública que se sostenga. La noción de funcionario público se define, por tanto, mediante el reenvío al concepto de función pública, transformando la tarea hermenéutica en una tautología o en un mero juego de intercambio de palabras*”²⁴.

También QUINTERO OLIVARES ha llamado la atención sobre esta interpretación doctrinal y jurisprudencial. Tras recordar la *abundancia de personal contratado al servicio de la Administración Pública*, advierte que su indiscriminada consideración, a efectos penales, como funcionario público pone en cuestión el requisito, exigido por el artículo 24 CP, del título habilitante, “*del que por definición carecen personas vinculadas a la Administración por un contrato laboral temporal*”²⁵.

22 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., págs. 448 y 449.

23 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 449.

24 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 449.

25 Vid. QUINTERO OLIVARES, “Comentario al artículo 24 CP”, ob. cit., pág. 322.

El problema no radica en la desmesurada extensión del concepto *función pública*, perfectamente explicable, sino en el hecho de soslayar la primera exigencia introducida por el artículo 24 CP para considerar funcionario público a una persona, esto es, la existencia de un título habilitante.

A él se refieren precisamente las dos sentencias del Tribunal Supremo citadas, que no obvian referirse, al respecto, a la necesaria concurrencia de **dos elementos necesarios: el título y la función**²⁶. Muy clara a este respecto resulta también la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 876/2006, de 6 de noviembre, la cual, tras recordar que el concepto penal del funcionario público no es coincidente con el proporcionado por el derecho administrativo, afirma que el Código Penal contiene una definición propia del funcionario público, que aparece conformado por dos elementos esenciales: “*el título de incorporación y el ejercicio de funciones públicas*”²⁷.

“*Ambos elementos conforman*”, explica dicha sentencia, “*el concepto de funcionario público a los efectos del Código Penal, de manera que es la concurrencia de ambos la que determina el exacto contenido, sin que pueda extenderse tal condición a toda persona que participa en el ejercicio de funciones públicas, pues el concepto penal requiere la concurrencia de ambos.*”

Para situar el concepto es preciso atender no solo la participación en el ejercicio de funciones públicas, pues en muchas ocasiones es la Ley la que transfiere al ciudadano la realización de funciones públicas, sino también, como elemento esencial, a la posesión del título habilitador de la condición de funcionario público.

26 Vid. SSTS núm. 166/2014, de 28 de febrero, Fundamento de Derecho Noveno, y núm. 1590/2003, de 22 de abril, Fundamento de Derecho Decimotercero.

27 “*Junto a los anteriores elementos, merece especial atención la interpretación del término “participe” que emplea para indicar la funcionalidad*”. Vid. STS núm. 876/2006, de 6 de noviembre, Fundamento de Derecho Trigésimo Tercero.

*Así, para que una persona pueda ser considerada funcionario Público a los efectos penales es necesario que acceda a la función pública mediante alguno de los siguientes títulos: a) por disposición inmediata de la Ley; b) por elección; y c) por nombramiento de autoridad competente*²⁸.

Interpretar de forma muy generosa el concepto *función pública* y basar en él el de *funcionario público* no debe, por consiguiente, conducir a la tautología denunciada por VALEIJE ÁLVAREZ y hacer olvidar lo que no puede ni debe olvidarse, esto es, lo que dispone la Ley.

3. El concepto *penal* de función pública

¿Qué significa función pública? Aunque la doctrina subraya que existe una “*configuración de requisitos precisos para aceptar que estamos ante una función pública*”, esto es, “*que se esté realizando dentro de ente público comprendido en cualquiera de las Administraciones (estatal, autonómica, local, institucional), que se realicen actos sometidos al derecho público, y que se persigan fines públicos*”²⁹, debe asumirse que determinar cuál es el concepto de función pública que maneja el Código penal “*no es una tarea fácil*”³⁰: “*al no suministrar el mismo una fórmula —no tanto sobre lo que debe reputarse función pública sino dónde comienza y dónde termina ésta—, su integración mediante el recurso a normas extra-penales proporciona un concepto muy vasto del mismo. Y si, por el contrario, permanecemos en el ámbito interno, tampoco el tenor literal de los tipos, ni de los mismos intereses jurídicamente protegidos a los que aquellos responden —cual-*

28 Vid. STS núm. 876/2006, de 6 de noviembre, Fundamento de Derecho Trigesimo Tercero.

29 Vid. QUINTERO OLIVARES, “Comentario al artículo 24 CP”, ob. cit., pág. 321.

30 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 478.

quiera que sea la formulación que estos adopten—, obtenemos pautas definitivas al respecto”³¹.

Como indican COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, el concepto penal de funcionario público se encuentra íntimamente ligado al concepto de función pública, “y éste sí excede, con mucho, lo que la Ciencia del Derecho Penal puede «per se» definir de forma autónoma, resultando que este último dependerá de factores ni siquiera circunscritos al ámbito del Derecho administrativo, sino mucho más genéricamente, a factores de índole política, que explican el concepto de función pública siempre que éste se conecte, a su vez, a los «fines del Estado»”³².

El concepto de función pública, en fin, presenta hoy en día, como observa JAVATO MARTÍN, una alta problemática, pues el paulatino intervencionismo del Estado en todos los órdenes de la vida, en especial en el económico, unido a la implementación creciente de un proceso de signo inverso, esto es, la privatización de servicios públicos, ha conducido a un creciente oscurecimiento y difuminación de los límites entre actividad pública y actividad privada³³. Según indica este mismo autor, “actualmente se defienden por la doctrina penal cuatro concepciones divergentes de función pública: la teleológica, o con más precisión teleológica-subjetiva, la objetiva, la subjetiva y la mixta o ecléctica”³⁴.

También en la jurisprudencia, no podía ser de otro modo, el concepto *función pública* adquiere unos extensos, casi ilimitados, perfiles. En su Sentencia núm. 68/2003, de 27 de enero, el Tribunal Supremo, al referirse al requisito de la *participación en*

31 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., págs. 478-479.

32 Vid. COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, “Comentario al art. 24 CP”, ob. cit., pág. 49.

33 Vid. JAVATO MARTÍN, “Comentario al art. 24 CP”, en *Comentarios al Código Penal*, director Manuel Gómez Tomillo, Lex Nova, Valladolid 2010, pág. 226.

34 Vid. JAVATO MARTÍN, “Comentario al art. 24 CP”, ob. cit., pág. 226.

el ejercicio de funciones públicas, destaca que éstas pueden ser tanto las propias del Estado, de entidades locales y comunidades autónomas, “*como las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública*”³⁵. En relación con el concreto caso que ocupaba al Tribunal Supremo en esta sentencia, destacó éste que “*si tenemos en cuenta que en el caso presente nos encontramos ante un empleado que desempeñaba importantes funciones, como eran las de calcular lo que cada trabajador tenía que cobrar y proponer la cuantía concreta a la oficina de Bilbao que le enviaba los talones del dinero a percibir por cada trabajador, queda más patente aún la cualidad pública de tal trabajo*”. En cualquier caso, sigue afirmando dicha sentencia, “*para evitar confusiones conviene añadir aquí que también la doctrina de esta sala viene reconociendo tal cualidad de funcionario público en los casos en que se trate de trabajos de menor cualificación, incluso con relación a trabajos de carácter subalterno*”³⁶.

Particularmente interesante resulta, a este respecto, la STS núm. 186/2012, de 14 de marzo. Con relación al concepto *función pública*, tras observar que la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación (“*Desde un punto de vista formal se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público; teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecuta la actividad, se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos*”), afirma que “*la jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son*

35 Vid. STS núm. 68/2003, de 27 de enero, Fundamento de Derecho Segundo.

36 Vid. STS núm. 68/2003, de 27 de enero, cit., Fundamento de Derecho Segundo.

*funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos*³⁷.

Ejemplos de esta amplia comprensión del concepto *función pública* son, entre otras, las siguientes sentencias (todas ellas referidas por la anterior): STS núm. 1292/2000, en la que se dice que “*lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública*”; STS núm. 68/2003, la cual, tras referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, afirma que “*cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública*”; STS núm. 866/2003, de 16 de junio, según la cual, “*lo verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos*”; o la STS núm. 876/2006, de 6 de noviembre, que afirma que “*la jurisprudencia exige, para la determinación de la función pública, la existencia de un órgano estatal que realiza un acto que consigue finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común. Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio. Para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio*

37 Vid. STS núm. 186/2012, de 14 de marzo, Fundamento de Derecho Primero.

que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas”.

En la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 166/2014, de 28 de febrero, citada ya anteriormente, se concluye que las funciones realizadas por BITEL, SA («Baleares Innovación Telemática, SA»), empresa pública de naturaleza mercantil, eran *funciones básicas*, lo cual se argumenta del siguiente modo: “*BITEL se creó como empresa al servicio de la Administración Balear para atender y gestionar de una forma transversal un determinado tipo de servicios esenciales para el funcionamiento correcto de la actuación de toda la red de organismos y administraciones públicas de las Islas. La actividad externa de servicios a particulares no alcanzaba el 2%. Como destaca la Acusación Particular el porcentaje de contratación de BITEL por empresas públicas era superior al 99%. Se efectuaba en base a encomiendas de gestión: BITEL estaba obligada a realizarlas tuviese pérdidas o beneficios. Por eso recibía subvenciones públicas para sufragar las pérdidas.*

BITEL fue creada por la Administración Pública con la finalidad de asistirle en todos los temas telemáticos e informáticos, tanto en los aspectos técnicos como en los puramente materiales. Ese servicio así concebido y organizado, es función pública. Sin esa asistencia no se puede desarrollar la actividad de la Administración. Si esto se combina con la realidad de que a partir de julio de 2005 el capital social de BITEL era íntegramente público, quedan levantadas las piezas que conforman el armazón de los delitos de malversación de caudales públicos”³⁸.

38 Vid. Fundamento de Derecho Decimoquinto.

4. El «modo» de acceso a la función pública: títulos habilitantes

El artículo 24.2 establece, como hemos visto, 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*”.

O, dicho de otro modo, este precepto **no dice** lo siguiente: “*se considerará funcionario público todo el que participe en el ejercicio de funciones públicas*”.

Esta segunda definición es, cómo fácilmente puede observarse, mucho más amplia que la anterior: el concepto de funcionario público se construye, exclusivamente, sobre el *ejercicio de funciones públicas*, resultando irrelevante la condición en la que dichas funciones públicas son ejercidas.

Sin embargo, y es preciso insistir en ello, no es esta la definición ofrecida por el legislador: interpretar el vigente concepto de funcionario público obviando que el *título o el modo* es, como el ejercicio de funciones públicas, un elemento propio de su definición implica una muy evidente contradicción con el principio de legalidad.

Distinguiendo con nitidez ambas definiciones no pretendo sugerir (en este momento) que la actual sea mejor, sino, únicamente, subrayar, y en su caso respetar, lo que dice la Ley: es obligado que el ejercicio de funciones públicas lo lleve a cabo una persona en virtud de disposición inmediata de la Ley (1), por elección (2) o por nombramiento de autoridad competente (3). **El título**, dicho con otras palabras, **sí importa**.

Afirmar, como he hecho anteriormente, y subrayan reiteradamente doctrina y jurisprudencia, 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, **salvo disposición legal**

en otro sentido, en virtud de alguno de los títulos referidos por el artículo 24.2.

La precisión subrayada responde al hecho de que en alguna ocasión el propio Código Penal ha decidido que **el título, de forma excepcional, no importa**.

Es importante referirse, en este sentido, al artículo 423 del Código Penal. Según éste, *lo dispuesto en los artículos precedentes (artículos 419 a 422, delitos de cohecho pasivo) será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública*.

El artículo 423 amplía, como vemos, el círculo de posibles sujetos activos de los delitos de cohecho pasivo³⁹. Aunque en principio utiliza una fórmula con limitada proyección refiriéndose exclusivamente a jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, finalmente se refiere, de modo sumamente general, *a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública*, fórmula, esta sí, con extensísima proyección, coincidente con la definición, antes referida, *no utilizada* por el artículo por el artículo 24.2.

Dicho de otro modo, el artículo 423 extiende la autoría de los delitos de cohecho pasivo, limitada inicialmente *a autoridades o funcionarios, a personas que sin tener dicha condición participan en el ejercicio de la función pública*⁴⁰.

39 El precepto, como indican MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA (“Comentario al artículo 423 CP”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, director Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona 2011, pág. 1786), persigue la ampliación de los posibles sujetos activos en relación a *todas las modalidades de cohecho* y no sólo, como sucedía antes de la reforma de 2010, a las más graves.

40 Vid., en este sentido, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, “Comentario al artículo 423 CP”, ob. cit., pág. 1786) o BLANCO CORDERO, “Comentario al artículo 423 CP”, en *Comentarios al Código Penal*, director Manuel Gómez Tomillo, Lex Nova, Valladolid 2010, pág. 1589.

También el artículo 435 CP contiene una cláusula extensiva del círculo de posibles autores, en este caso, de los delitos de malversación de caudales públicos.

Artículo 435

Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

- 1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.
- 2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.
- 3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

El artículo 435, como hace el artículo 423, amplía la posible autoría de delitos cuya comisión está reservada, en principio, a funcionarios públicos o autoridades. Aunque cabría sostener que quienes se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas (por citar uno de los tres supuestos contenidos en el artículo 435) *participan en el ejercicio de funciones públicas*, no son (al menos en principio) funcionarios públicos de acuerdo con el artículo 24 CP.

Como señala CASTRO MORENO, “*se trata, pues, de convertir en «intraanei» a sujetos que no lo son, por tratarse de particulares, o de extender los delitos de malversación a conductas que recaen sobre bienes de naturaleza privada, o bien de ambas cosas al mismo tiempo*”⁴¹. El precepto, según este mismo autor, “*rompe la coherencia de un Capítulo que primero exige unos requisitos muy estrictos sobre la cualificación de los sujetos activos, su vinculación con el objeto material y la naturaleza pública de los caudales o efectos, para luego terminar diciendo que si no se dan esos requisitos también se castiga la conducta y con igual pena; descafeinando o desnaturalizando la esencia de los*

41 Vid. CASTRO MORENO, “Comentario al artículo 435 CP”, en *Comentarios al Código Penal*, director Manuel Gómez Tomillo, Lex Nova, Valladolid 2010, pág. 1617.

*delitos de malversación, pero manteniendo incomprensiblemente todo su rigor punitivo*⁴².

Debe distinguirse, en suma, como hace VALEIJE ÁLVAREZ, entre **funcionarios públicos a efectos penales y particulares que desempeñan funciones públicas**, cobrando especial relieve para diferenciar entre unos y otros la forma o modalidad de designación: *“la existencia previa de una relación jurídica entre el sujeto y la Administración, ya sea esta de Derecho Público (caso de los funcionarios políticos), de Derecho Administrativo (funcionarios de carrera o interinos) o de Derecho Laboral (personal laboral al servicio de un ente público, ya sea este local, estatal o autonómico o al servicio de un ente privado de mano pública, es lo que define el estatus jurídico de funcionario en el ámbito penal y la que lo diferencia del particular que desempeña funciones públicas. Por lo tanto, funcionario público en el ámbito penal no son todas las personas que participan en las funciones públicas, sino solamente aquellas que al amparo de una relación jurídica previa establecida con arreglo a alguno de los títulos que enumera el párrafo 2º del artículo 24 imputan directamente su actividad al Estado*⁴³.

Dicha autora, realizando un ejercicio de síntesis, ofrece el siguiente (a mi juicio, muy acertado) concepto penal de funcionario público: *“si, penalmente, por una parte, se requiere la existencia en el sujeto activo de una base legal o un título jurídico que legitime su acceso «al ejercicio de funciones públicas» y, por otra, que esta «participación en el ejercicio sea efectiva», es decir, que contribuya a la formación o al desarrollo de la voluntad estatal (en cualquiera de sus esferas: estatal, autonómica o local), y si, además, ninguno de los dos componentes de la definición legal pueden darse por separado, entonces se puede afirmar*

42 Vid. CASTRO MORENO, “Comentario al artículo 435 CP”, ob. cit., pág. 1617.

43 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 493.

que no estamos en presencia de «dos requisitos» para adquirir la condición de funcionario, sino que ambos convergen en uno, cual es la «exigencia de una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal»⁴⁴.

Resulta interesante, antes de examinar los distintos *títulos de habilitación* enunciados por el artículo 24.2 CP, referirse a un ejemplo brindado por QUERALT JIMÉNEZ⁴⁵ que evidencia el acierto del legislador al no conformarse con el mero ejercicio de funciones públicas por parte de un sujeto para considerarlo, siquiera a efectos penales, funcionario público. En efecto, si la simple participación en dicho ejercicio fuera elemento suficiente para atribuir, penalmente, la condición de funcionario público, debería atribuirse ésta, como señala el mentado autor, a quien repele una agresión en legítima defensa, pues el fundamento de ésta, doble, incluye no sólo la defensa de la propia persona sino también la del propio ordenamiento jurídico. Si tal mantenimiento es una función eminentemente pública, el *legítimo defensor*, ejerciendo funciones públicas, adquiriría, por tal concepto, la condición de funcionario público a efectos penales⁴⁶.

Mediante esta reducción al absurdo, QUERALT JIMÉNEZ demuestra no sólo que la mera participación en el ejercicio de funciones públicas no es elemento suficiente (aunque sí necesario) para atribuir la condición de funcionario público, sino, igualmente, que es un acierto exigir, además, la concurrencia del referido *título habilitante*, con independencia de que, excepcionalmente, se produzcan ampliaciones del posible círculo de autores de delitos cuya autoría está reservada, en principio, a funcionarios públicos (y autoridades).

44 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 493.

45 Del cual también se hace eco VALEIJE ÁLVAREZ (vid. ob. ult. cit., pág. 450).

46 Vid. QUERALT JIMÉNEZ, “El concepto de funcionario público”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1985, núm. 27, págs. 485 y 486.

4.1 Participación en el ejercicio de funciones públicas por disposición inmediata de la Ley

El primero de los títulos de habilitación referidos por el artículo 24.2 CP es *la disposición inmediata de la ley*. Esta expresión plantea, como con todo acierto pone de manifiesto VALEIJE ÁLVAREZ, dos problemas fundamentales: en primer lugar, el significado jurídico-penal del término *ley*; en segundo término, si con dicha expresión se hace referencia a la relación estatutaria que une a determinados sujetos con el Estado o, más simplemente, si a través suyo se trata de configurar una modalidad amplia de acceso al ejercicio de la función pública⁴⁷.

En relación con el primer problema sólo existen, como observa aquella autora⁴⁸, dos opciones: entender el término *Ley* en sentido estricto (o, más exactamente, *restringido*, pues ni siquiera incluye las disposiciones gubernamentales con fuerza de ley, esto es, los decretos leyes y los decretos legislativos), esto es, como equivalente a ley formal emanada del Parlamento, o, de forma más amplia, como comprensivo de toda disposición de rango general⁴⁹.

A favor de la primera interpretación se posiciona un amplio sector doctrinal que sostiene que la segunda sería constitutiva de interpretación extensiva *contra reo* y carecería, por consiguiente, de base legal. En este sentido se expresan, por ejemplo, el ya citado QUERALT JIMÉNEZ⁵⁰, aunque también, entre otros,

47 Vid. Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 450.

48 Vid. Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 451.

49 Vid. JAVATO MARTÍN, “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 23, enero 2011 pág. 164.

50 Vid. QUERALT JIMÉNEZ, “El concepto de funcionario público”, ob. cit., en *Cuadernos de Política Criminal*, 1985, núm. 27, pág. 487. Este autor alegaba, como argumento a favor de esta interpretación restringida, razones históricas (pág. 487).

PORTILLA CONTRERAS⁵¹, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁵² o ROCA AGAPITO⁵³.

Consideraba más acertada una interpretación amplia del término *Ley DEL TORO MARZAL*, que destacaba la excepcionalidad de la adscripción de una persona concreta a una función determinada realizada por una Ley, inclinándose, en consecuencia, por estimar que la expresión analizada incluía reglamentos o disposiciones de rango inferior⁵⁴.

También por una interpretación amplia del término Ley empleado por el artículo 24 aboga JAVATO MARTÍN, a cuyo juicio cabe aducir razones sistemáticas y su sostén jurisprudencial⁵⁵.

Muy acertada estimo la posición defendida por VALEIJE ÁLVAREZ, quien, tras realizar diversas consideraciones críticas a los dos mentados posicionamientos doctrinales⁵⁶, opina que la expresión *por disposición inmediata de la ley* hace referencia descriptiva al acto de nombramiento de los **funcionarios de carrera**,

51 Vid. PORTILLA CONTRERAS, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, ob. cit., págs. 145-147.

52 Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Libertad personal y seguridad ciudadana: estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, PPU, Barcelona 1993, pág. 174.

53 Vid. ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos*, J.M.BOSCH, EDITOR, Barcelona 1999, págs. 80-81.

54 Vid. DEL TORO MARZAL, "Comentario al artículo 119 CP", en *Comentarios al Código penal. Tomo II*, VVAA, director Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel Barcelona, 1972, págs. 734-735.

55 Vid. JAVATO MARTÍN, "El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales", ob. cit., pág. 165.

56 La más destacada de las cuales, que realiza apelando al principio de unidad sistemática del texto penal, es la siguiente: "el hecho de adherirnos al planteamiento estricto de la acepción Ley deja abierto el siguiente interrogante: teniendo en cuenta que el artículo 24 permite acceder al estatus de funcionario por nombramiento de una 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". Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»", ob. cit., pág. 453.

es decir, a aquellas personas que en virtud de un nombramiento legal desempeñen 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. “Mediante aquel acto jurídico unilateral el funcionario adquiere el derecho al cargo y a la inamovilidad en el mismo”⁵⁷.

El artículo 9 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (cuyo artículo 1 dispone que su objeto es “establecer las bases del régimen estatutario de os funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación” así como “determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”), dispone lo siguiente:

“1. Son funcionarios de carrera quienes, **en virtud de nombramiento legal**, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

“En suma”, concluye dicha autora, cuyas palabras hago propias, “«disposición inmediata de la ley»⁵⁸ es una fórmula jurídica formal —hoy en día reducida a una *fictionis iuris*— que contempla cómo un funcionario constituye su relación con el Ente al que se incorpora. La citada expresión se refiere a la resolución u Orden Ministerial que se publica en el B.O.E. indicativa de un

57 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 456.

58 Expresión que, como observa ella misma, hace referencia “al carácter inmediato de tal fuente habilitadora, en cuanto que contiene en sí misma la fuerza obligatoria”. Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 454.

*nombramiento legal. Sólo una vez obtenido este título y tomado posesión del cargo el funcionario inicia una relación jurídica con la Administración*⁵⁹.

Con independencia de la interpretación que se sostenga, no debe olvidarse que la última palabra en la materia la poseen jueces y tribunales, quienes, en oposición al posicionamiento doctrinal en primer lugar mencionado, que JAVATO MARTÍN adjetiva como *mayoritario*⁶⁰, sostienen que la expresión *por disposición inmediata de la Ley* comprende todo tipo de normas y no, únicamente, las leyes en sentido formal⁶¹.

4.2. Participación en el ejercicio de funciones públicas por elección

La *elección* es la segunda forma o título de habilitación para participar en el ejercicio de funciones públicas que relaciona el artículo 24.2 CP. Como explica JAVATO MARTÍN, hasta la reforma del Código operada en 1944 el término *popular* adjetivaba la *elección*, por lo que el artículo 24 sólo incluía a quienes habían sido elegidos por los ciudadanos mediante sufragio universal. “*La supresión del calificativo «popular» operada en esta fecha ha facilitado*”, sigue explicando aquel autor, “*el encaje en el seno de este título a las elecciones secundarias y terciarias. De tal forma que actualmente se considera funcionarios por esta vía no sólo a los parlamentarios, sino también a los alcaldes, concejales, miembros de comisiones, etc.; si bien es cierto que de*

59 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 456.

60 Vid. JAVATO MARTÍN, “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, ob. cit., pág. 164.

61 Ofrece una extensa relación de sentencias que confirman esta interpretación amplia de la expresión *por disposición inmediata de la ley* VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 453.

*muchos de estos sujetos se puede predicar también la condición de autoridad*⁶².

Comparten esta opinión COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, a cuyo juicio, “*no cabe ninguna duda de que, tanto los parlamentarios, como los miembros de organismos colegiados y corporaciones, cuyo nombramiento resulta de votaciones de carácter secundario o terciario, también tienen la condición de funcionarios a efectos penales, por resultar su nombramiento por elección*”⁶³. En efecto, subrayan estos autores, como el precedentemente mentado, que la supresión del término *popular* ha clarificado la cuestión: “*cuando se pone en marcha el sistema de elecciones secundarias y terciarias, de determinados funcionarios públicos cuya elección no lo es directamente por los ciudadanos, pero cuya legitimidad democrática no se pone en cuestión cuando la Ley así lo previa y estipule, nos hallamos ante mecanismos por los cuales también se puede adquirir dicha condición a efectos penales por el título ahora estudiado. Es decir, se trata de cargos electos de representación política como consecuencia del ejercicio de la soberanía popular y del sufragio activo y pasivo*”⁶⁴.

4.3. Participación en el ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente

4.3.1. Distinción entre funcionarios de carrera (disposición inmediata de la Ley) y otros funcionarios (nombramiento)

El nombramiento por autoridad competente es el tercer y último de los títulos que, habilitando para participar en el ejercicio de funciones públicas, permite atribuir a un sujeto, a efectos penales, la condición de funcionario público.

62 Vid. JAVATO MARTÍN, “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, ob. cit., págs. 164-165.

63 Vid. COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, “Comentario al art. 24 CP”, ob. cit., pág. 55.

64 Vid. COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, “Comentario al art. 24 CP”, ob. cit., pág. 55.

En opinión de QUERALT JIMÉNEZ, es este el título habilitante que, desde la perspectiva del principio de legalidad, más y mayores problemas suscita⁶⁵. Recordemos⁶⁶ que este autor consideraba que el término *Ley* debía entenderse en sentido restringido, como equivalente a ley formal emanada del Parlamento, pudiéndose llegar a lo sumo a equiparar *Ley* a normas con fuerza de ley, es decir, ley formal y ley material, pese a lo cual, apuntaba, no debe olvidarse que “*el Código Penal tiene rango de Ley Orgánica*”⁶⁷.

De modo coherente con esta concepción restringida del concepto *Ley*, estima QUERALT JIMÉNEZ que si la condición de funcionario a efectos penales halla su fundamento en una disposición con rango de *Ley* que, tras la entrada en vigor de la Constitución, deberá ser Orgánica, mal puede una ley ordinaria y, por supuesto, una norma de rango inferior, ser fuente de punición a través de la vía del nombramiento⁶⁸.

A su juicio, en fin, de acuerdo al respecto con RODRIGUEZ DEVESA⁶⁹, “*no debe ser concedida la categoría de funcionario público a efectos penales a quien no es nombrado mediatamente en virtud de una Ley, sino de una disposición de inferior rango normativo, o cuando se señala que es la Ley el origen de la habilitación para conferir el título de incorporación por parte de la autoridad. En consecuencia, no será funcionario público a efectos penales quien sea nombrado por autoridad competente sólo en base a una disposición reglamentaria*”.

En mi opinión, dado que el artículo 24.2 CP distingue tres fuentes *habilitantes* distintas, interpretar una de ellas (el

65 Vid. QUERALT JIMÉNEZ, “El concepto de funcionario público”, ob. cit., pág. 489.

66 Vid. *supra* 4.1.

67 Vid. QUERALT JIMÉNEZ, “El concepto de funcionario público”, ob. cit., pág. 486.

68 Vid. QUERALT JIMÉNEZ, “El concepto de funcionario público”, ob. cit., pág. 489.

69 Vid. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid 1990, pág. 1075.

nombramiento por autoridad competente) en el sentido referido por QUERALT JIMÉNEZ (exigiendo que dicho nombramiento tiene su origen en una Ley) implica vaciar parcialmente de contenido dicho precepto o, dicho de otra forma, dejar sin efecto una fuente habilitante que el legislador ha decidido sumar a las dos anteriores.

En el mismo sentido se expresan COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, quienes tras recordar que ya el propio Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que la vulneración del principio de legalidad no se produce cuando la Ley Orgánica remite a disposiciones de rango inferior que la desarrollan, si quedan suficientemente detallados los elementos esenciales de la conducta típica, *“siendo la expresión «por nombramiento de autoridad competente», simplemente, uno de los modos de adquirir la cualidad de funcionario público a efectos penales, extremo este que no se puede regular, por su amplitud, siempre por la Ley Orgánica, máxime cuando el decisivo elemento objetivo de participación en el «ejercicio de la función pública» sí queda perfectamente descrito por la Ley penal”, “el nombramiento de una persona para un cargo o función por una autoridad que tenga competencia o atribución legítima para adscribir un sujeto al concreto empleo público, se erige en uno de los títulos indispensables para la adquisición de la condición de funcionario público a efectos penales”*⁷⁰.

Como indica VALEIJE ALVAREZ, mediante esta vía el Código Penal equipara a los funcionarios de carrera aquellos otros que son nombrados por una Autoridad⁷¹. El nombramiento o designación debe ser realizado, por expresa exigencia del artículo 24, por Autoridad competente, *“esto es, un sujeto que aparte de ser Autoridad (o sea, aparte de gozar de mando y jurisdicción)*

70 Vid. COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, “Comentario al art. 24 CP”, ob. cit., pág. 54.

71 Vid. VALEIJE ALVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública””, ob. cit., pág. 456.

*tiene competencia o atribución legítima para adscribir un sujeto al concreto empleo público y para crear una relación jurídica válida*⁷².

Explica esta última autora que este tercer título de incorporación ha resultado siempre llamativo para la doctrina por cuanto, a juicio de ésta, cuando existe una disposición legal, con posterioridad debe producirse un nombramiento de la autoridad competente. En opinión de VALEIJE ÁLVAREZ, en efecto así es, pero es preciso tener presente que *“el artículo 24 no está haciendo referencia a los requisitos administrativos para adquirir la condición de funcionario, sino que está describiendo los títulos o modos jurídicos que facilitan el acceso a la misma”*⁷³.

Esta tercera modalidad de acceso a la función pública, continua explicando esta última autora, nació con la vocación de conferir la cualidad de funcionario público a efectos penales a los sujetos que eventualmente participaban en tareas públicas por razón de su libre designación *“o, lo que es lo mismo, aquellos que actualmente se dan en llamar «personal de confianza política» y cuyo sueldo, en ocasiones, no deriva directamente del Presupuesto General del Estado (esto es, no existe un presupuesto específico, ni partida alguna en los Presupuestos para su dotación)*⁷⁴. En la actualidad, esta tercera vía da entrada, señala aquella

72 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 456.

73 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 457.

74 *“Dentro de esta modalidad entran todas las Altas categorías de la Administración. Los funcionarios eventuales o de confianza política constituyen personal de nombramiento y cese discrecional, para desempeñar cargos de asesoramiento o confianza no reservados a funcionarios de carrera (así, por ejemplo, Embajadores, Secretarios Generales Técnicos, los encargados del gabinete de prensa, los altos cargos de dirección o del Consejo de Administración de un Ente Público, etc). El abuso de esta técnica de empleo es lo que se conoce como «spoils system», y consiste en premiar con cargos públicos servicios efectuados por miembros del partido, para lo cual es necesario*

autora, a los funcionarios de empleo⁷⁵, concepto que engloba a los *funcionarios interinos, los contratados administrativos y el personal laboral temporal*⁷⁶. “*Todos ellos entra en la categoría penal de funcionario público por nombramiento de Autoridad competente (pudiendo adoptar el acto de designación bien la forma de resolución o de un documento contractual que supone el título-nombramiento mismo)*.”

*En resumen, personal interino, eventual, laboral y contratado son funcionarios públicos a los efectos penales en la medida en que amparados en un título jurídico desempeñan actividades funcionariales, esto es, actos estatales*⁷⁷.

Es preciso distinguir, por tanto, entre **funcionarios de carrera** y los *funcionarios de empleo* a los que se refiere VALEIJE ÁLVAREZ, o, en términos más actuales, entre **funcionarios de carrera y otros «funcionarios» públicos**.

Como ya he adelantado, el artículo 9 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone

despojar (spoil) de dichos cargos a quienes los ocupaban previamente. Esta práctica obedece a la necesidad de procurarse un entorno de fidelidad que puede contribuir, en última instancia, a garantizar la supervivencia del Gobierno y a reforzar la ejecución de los acuerdos gubernamentales”. Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 457 (y nota a pie 45).

75 “*Que tampoco son funcionarios en la acepción técnica de la palabra puesto que no tienen derecho a plaza*”. Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 458.

76 “*Englobando, por tanto, todas aquellas personas que trabajan al servicio de un ente público de mano pública, aunque su relación laboral se regule por el Estatuto de los Trabajadores y los conflictos que de aquella se relacionen se deriven se sometan al conocimiento de los tribunales de lo social*”. “*Que tampoco son funcionarios en la acepción técnica de la palabra puesto que no tienen derecho a plaza*”. Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 458.

77 Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, ob. cit., pág. 458.

que son *funcionarios de carrera* quienes están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente **en virtud de nombramiento legal** (primera vía de acceso a la **función pública penal** referida por el artículo 24.2 CP).

El artículo 8 de dicha ley (*Concepto y clases de empleados públicos*) establece que “*son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*” y los clasifica en:

- .- A. Funcionarios de carrera
- .- B. Funcionario interinos
- .- C. Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal
- .- D. Personal eventual

Los funcionarios interinos son, según dispone el artículo 10 de la Ley 7/2007, los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, **son nombrados** como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a)** La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- b)** La sustitución transitoria de los titulares.
- c)** La ejecución de programas de carácter temporal.
- d)** El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

Establece el artículo 27 (*Selección y nombramiento*), del Capítulo V (*Funcionario interinos*) del Título Primero (*Ingreso en Cuerpos o Escalas de funcionarios*) del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción

profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, que “**el nombramiento del personal funcionario interino se efectuará, con arreglo a los principios de mérito y capacidad, por el Subsecretario del Departamento al que figuren adscritos los correspondientes Cuerpos y Escalas o por el Director general de la Función Pública, cuando se trate de Cuerpos y Escalas dependientes de la Secretaría de Estado para la Administración Pública**”.

Es “*personal laboral*”, según el artículo 11 de la Ley 7/2007, “*el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal*”⁷⁸.

El personal eventual, de acuerdo ahora con el artículo 12.1 de la Ley 7/2007, es “*el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin*”.

El nombramiento y cese del personal eventual *serán*, según el número 3 de dicho artículo 12, *libres*.

Los **funcionarios de carrera ostentan** tal condición en el ámbito penal **por disposición inmediata de la Ley** (o, dicho de otro modo, **en virtud de nombramiento legal**). Los restantes **empleados públicos la podrán ostentar por nombramiento**, requiriéndose en este caso que éste sea realizado **por autoridad competente**. Dicho de otra forma, la adquisición de la condición de **funcionario público penal** es inherente a la adquisición de la condición de funcionario público de carrera de acuerdo con el

78 El acto de designación adopta la forma, en este caso, de documento contractual que, como indicaba VALEIJE ÁLVAREZ, supone el título-nombramiento mismo.

ordenamiento administrativo. Los restantes empleados públicos, sin embargo, sólo adquirirán la condición de **funcionario público penal** si su nombramiento es realizado por una autoridad competente; si quien nombra carece de esta cualidad, el empleado público no *ingresará en el cuerpo de funcionarios públicos penales*.

Es preciso advertir, en cualquier caso, que afirmar que una persona tiene la condición de **funcionario público penal** no implica sostener también su aptitud para ser considerado sujeto activo de todo delito cuya autoría esté limitada a funcionarios públicos, pues no debe olvidarse que las figuras de la parte especial frecuentemente exigen, expresamente, que el funcionario público **abuse de su cargo**⁷⁹, lo cual implica la posesión, por parte del funcionario público, de determinadas competencias. Como observa REBOLLO VARGAS, no puede ser sujeto activo del delito de torturas previsto y penado en el artículo 174 CP cualquier sujeto que reúna las condiciones previstas en el artículo 24, pues es preciso, en primer lugar, que el comportamiento típico se realice *con abuso del cargo* y, además, que el sujeto tenga determinada capacidad para lesionar el bien jurídico⁸⁰.

En relación con el primero de dichos elementos destaca aquel autor un abuso del cargo supone un exceso o un desvío o, *“en otras palabras, una extralimitación en la utilización de las facultades que el ejercicio de la función pública atribuye al funcionario público”*. Pero ni siquiera ello es suficiente para concretar el ámbito material de los sujetos activos, pues el propio precepto establece un elemento distinto, *“igualmente esencial y que se encuentra directamente relacionado con la capacidad*

79 Este es el caso, por ejemplo, de los artículos 174 (delito de torturas: *“Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, ...”*) y 175 (otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos o autoridades): *“La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral...”*).

80 Vid. REBOLLO VARGAS, “Comentario al artículo 174 CP”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I*, directores Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán, Marcial Pons, Madrid 2004, pág. 270.

de lesionar el bien jurídico. Así, se establece que el comportamiento ha de tener como fin la obtención de una confesión o de una información, que se dirija a castigar por cualquier hecho que el sujeto haya cometido o se sospeche que haya cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación. Luego los sujetos activos del delito de tortura no sólo actúan extralimitándose (abusando) en el ejercicio de la función pública encomendada, sino que su comportamiento viene presidido por un determinado ánimo tendencial”⁸¹.

En directa relación con lo anterior, y, en particular, con la capacidad de lesión del bien jurídico por el delito de torturas, de naturaleza pluriofensiva (integridad moral y quiebra del correcto ejercicio de la función pública atribuido, ya fuere en su vertiente indagatoria o sancionadora), concluye REBOLLO VARGAS que *“la combinación de los elementos anteriormente referidos, junto a una actuación que implique un exceso en las funciones indagatorias o sancionadoras vienen a concretar el núcleo material de los sujetos activos a quienes, en realidad, tengan atribuidas tales facultades”⁸².*

La ausencia en otros supuestos de una previsión legal expresa de abuso del cargo no impide alcanzar también en ellos idéntica conclusión.

Este es el caso, por ejemplo, de los delitos de detenciones ilegales (artículos 163 y siguientes CP). Sujeto activo de estos delitos puede serlo cualquier persona, por lo que nos hallamos ante delitos comunes. Ello no obstante, si el autor es una autoridad o funcionario público se aplicará un régimen especial:

.- si la detención se produce fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, se agravarán las penas.

81 Vid. REBOLLO VARGAS, “Comentario al artículo 174 CP”, ob. cit., pág. 270.

82 Vid. REBOLLO VARGAS, “Comentario al artículo 174 CP”, ob. cit., pág. 271.

Artículo 167.

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.

.- si la autoridad o funcionario, mediando causa por delito, acuerda, practica o prolonga cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, se aplicará el artículo 530 del Código Penal, cuya pena es de inhabilitación especial.

Artículo 530.

La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años.

La aplicación de cualquiera de estas figuras delictivas *especiales* exige no sólo que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público sino, además, que entre sus competencias se halle la de practicar detenciones. En este sentido, tras subrayar lo que resulta obvio (“*evidentemente, sujeto activo del delito sólo puede serlo el funcionario público o autoridad*”), se pregunta REBOLLO VARGAS “*si cualquier funcionario público o autoridad es susceptible de incurrir en este tipo agravado de detenciones ilegales o secuestros o, por el contrario, si el ámbito nuclear de los sujetos activos del delito está circunscrito a determinados sujetos que ostentan esa condición*”. Y la respuesta no admite dudas: “*sujeto activo del delito únicamente puede serlo aquel funcionario o autoridad que en el ámbito de sus competencias tenga atribuida la facultad expresa de practicar detenciones*”. Por el contrario, “*cuando la detención ilegal la lleva a cabo un funcionario público que no la tiene atribuida, el tipo penal aplicable será el del delito común de la detención ilegal o secuestro,*

al que cabría añadir la agravante”, en su caso, “de prevalimiento de carácter público”⁸³.

En la misma línea, que cabe adjetivar como unánime, indican CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC que “*es evidente entonces que no toda autoridad o funcionario público puede ser sujeto activo del artículo 167 o de los artículos 529 y siguientes*”: “*sólo podrán serlo aquellos cuyas competencias estén directamente relacionadas con la Administración de Justicia, y contemplen expresamente las facultades de detención*”⁸⁴.

Dicho de otro modo, pese a que se prevé un régimen especial para la detención ilegal practicada por autoridades o funcionarios, éstos pueden ser también sujetos activos de los tipos de detenciones ilegales y secuestros de los artículos 163, 164, 165, 166 y 168. Aunque el primero de tales preceptos se refiere al particular que encerrare o detuviere, las autoridades o funcionarios pueden actuar también como particulares, lo cual sucederá, por supuesto, cuando sus funciones sean ajenas a la persecución de delitos y a la práctica de detenciones, pero también cuando, aun teniendo competencias en este ámbito, actúen despojados de su condición de autoridad o funcionario y, por tanto, sin abusar de ella.

4.3.2. El concepto material de nombramiento

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 166/2014, de 28 de febrero, ya citada anteriormente, analiza en su Fundamento de Derecho Octavo el tercer Motivo de casación aducido, por su representación procesal, en nombre de Damián Vidal Rodríguez:

83 Vid. REBOLLO VARGAS, “Comentario al artículo 167 CP”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I*, directores Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán, Marcial Pons, Madrid 2004, pág. 193.

84 “*Así, miembros del Poder Judicial, Ministerios Públicos, agentes de la autoridad, funcionarios de prisiones, y cuantas autoridades tengan mando sobre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*”. Vid. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, “Comentario al artículo 167 CP”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pág. 183.

infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECrim., por infracción del artículo 24.2 CP.

Según la recurrente, la indebida aplicación de dicho artículo 24.2 CP trae causa de la falta de cualidad de funcionario del referido Damián Vidal Rodríguez, Gerente, cuando tuvieron lugar los hechos declarados probados por la sentencia recurrida en casación, de BITEL S.A, empresa pública de servicios telemáticos de valor añadido de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears creada por Decreto 64/1994, de 26 de mayo.

Como se explica con detalle en la mentada Sentencia, el recurrente aduce, para apoyar el citado motivo de casación, que Damián Vidal *“fue nombrado por el Consejo de Administración, aunque fuese a propuesta de su Presidente, el Consejero de Economía y Hacienda. En el Consejo de Administración estaban representados entes y capital privados. No son autoridad competente. No puede empañar esa realidad objetiva la insinuación de la sentencia de que la sugerencia para su nombramiento emanaba del Presidente de la Comunidad Autónoma (lo que fue relatado por el propio recurrente en sus iniciales declaraciones). En eso tiene razón: la recomendación de una autoridad no significa nombramiento por Autoridad”*.

También alegaba la Defensa de Damián Vidal Rodríguez que el artículo 24.2 era inaplicable por cuanto aquél tampoco *participaba en el ejercicio de funciones públicas*. *“A juicio del recurrente la sentencia confunde al considerar que la supervisión por parte de la Administración pública arrastra a la categoría de función pública la actividad controlada o supervisada. Que BITEL fuese un medio propio de la Administración no implica que esa mercantil participase del ejercicio de funciones públicas. Bitel no es Administración Pública. Se citan los arts. 15.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y el correlativo art. 30.4 de la Ley autonómica 3/2003 de 26 de marzo de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las islas Baleares de los que se desprende claramente que la encomienda de una gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia; apostillándose a continuación que el art. 15.5 excluye de esa encomienda las actividades que hayan de sujetarse al derecho*

administrativo, sin perjuicio de la aplicación en lo que proceda de la legislación de contratos del Estado. BITEL era una sociedad mercantil sometida al derecho privado. Esas conclusiones solo podrían verse alteradas tras la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público consecuencia de la cual se dictó el decreto 64/2008, de 20 de mayo modificando los Estatutos Sociales de BITEL. Solo a partir de entonces –fecha posterior a los hechos– podrían sostenerse las conclusiones de la Audiencia. Objetos sociales como la comercialización de bienes de oficina, aparatos informáticos y componentes, no pueden considerarse funciones públicas de ninguna forma”.

Esta segunda alegación (tampoco la primera) no es atendida por el Tribunal Supremo, acertadamente a mi juicio, pues, como ya he comentado, el concepto de *función pública* es sumamente extenso y capaz, por tanto, de dar cabida a cualquier actividad directa o indirectamente conectada con aquélla. En el último párrafo del citado Fundamento de Derecho Octavo, el Tribunal Supremo afirma (con independencia de volver a tratarlo en otro Fundamento de Derecho posterior) que “*las funciones de BITEL tenían esa vocación de servicio a la Administración Autonómica Balear para la gestión transversal de todos sus servicios informáticos. Que hubiese un reducto residual de servicios prestados a terceros no enturbia esa finalidad social predominante y caracterizadora. Las funciones que desarrollaba BITEL se corresponden con las que puede realizar cualquier departamento informático interno de una Administración”*.

¿Cuál es la respuesta del Tribunal Supremo a la referida alegación? En primer lugar, afirma, como ya he mencionado anteriormente⁸⁵, que el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o en el ropaje externo jurídico o administrativo. Se trata de *un concepto marcadamente funcional* que precisa de dos presupuestos: el título, en el caso que le ocupa el *nombramiento por autoridad competente*, y la participación en el desempeño de funciones públicas⁸⁶. Es preciso prestar

85 Vid. *supra* “2.- La participación en el ejercicio de funciones públicas: elemento central y fundamento de la interpretación extensiva del concepto de funcionario público”.

86 Vid. STS núm. 166/2014, de 28 de febrero, Fundamento de Derecho Noveno.

más atención “a la materialidad” que “al revestimiento formal del cargo ostentado”, imponiéndose un ponderado *levantamiento del velo*. Dicho de otro modo, no debe excluirse la consideración de funcionario público de quien, contratado laboralmente como personal de Alta Dirección por elección del órgano de gobierno de una sociedad mercantil, realiza funciones propias de un organismo público desde un cargo al que ha accedido “en virtud de la designación realizada por una autoridad pública”, afirmación, por cierto, inobjetable, pues, como hemos visto, la suma de la *participación en el ejercicio de funciones públicas* y del acceso a ellas en virtud de nombramiento por autoridad pública (competente) autoriza y obliga, según el artículo 24.2 CP, a considerar *funcionario público* a un sujeto.

“Eso sucede aquí”, dice la Sentencia, “en relación al recurrente. Se dice que no es funcionario público pues la relación con Bitel se basaba en un contrato laboral de Alta dirección y su nombramiento se hizo por el consejo de Administración de una Sociedad Anónima según consta en el acta de la sesión correspondiente que aparece unida a las actuaciones en uno de los tomos separados. Pero en realidad materialmente su nombramiento se hace por la Administración Autonómica. Su nombre es propuesto por el Consejero de Economía para acceder al puesto de Gerente”⁸⁷.

“El acuerdo del Consejo de gobierno de fecha 9 de marzo”, sigue diciendo el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 166/2014, “publicado en B.O. Illes Balears de 12 abril 2001, núm. 44, dice textualmente como expresa la sentencia:

“La formalización de un contrato de alta dirección para la cobertura de plazas de Dirección o Gerencia en las Empresas Públicas dependientes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se realizará en lengua catalana y requerirá la intervención previa y el informe favorable de los Consejeros competentes en materia de Hacienda y Presupuestos e Interior”.

87 Vid. STS núm. 166/2014, de 28 de febrero, Fundamento de Derecho Noveno

En cumplimiento de ello según refleja el acta del consejo de administración de fecha 29 de Junio del 2.003, el nombramiento del recurrente como gerente se realiza a propuesta del Conseller de Economía, como representante de la administración. Su nombramiento obedeció a la decisión de una autoridad competente, el Conseller de economía y hacienda. Se da pues el requisito del art. 24.2 CP.

En el Consejo de Administración que designó al acusado había mayoría de representantes de la Comunidad por mandato estatutario. Era el Conseller del Gobierno autonómico quien debía efectuar la propuesta. Materialmente está cubierto el requisito del título que exige el art. 24.2 CP. El Conseller y en virtud de su propuesta el resto de Consejeros mayoritarios en el Consejo son quienes eligen para ese puesto al recurrente, en lo que es sustancialmente un refrendo de la decisión adoptada en el seno de la Administración Autonómica por la autoridad competente. Luego tal realidad recibe el ropaje propio de un contrato laboral entre la Sociedad Mercantil y el “nombrado”⁸⁸.

88 Otro posible argumento, aunque en realidad más bien parece un *obiter dicta*, es el siguiente: “Damián Vidal era profesor de la Universidad de las Islas Baleares. Al acceder al puesto de Gerente de BITELE, siguió siendo funcionario, pero en la situación de servicios especiales, es decir, computando antigüedad. Justamente por ello al finalizar su servicio especial consolidó el sueldo de alto cargo según expresaron las acusaciones en referencia a la que se remite la sentencia. En efecto al finalizar su relación con Bitele el recurrente solicitó y obtuvo el reconocimiento de la administración de nivel a tenor de la disposición adicional novena de la ley 3/2007 que textualmente señala: “1. El personal funcionario de carrera de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears o de las entidades públicas que dependen de ella y el personal estatutario al servicio de la sanidad pública autonómica tienen derecho a percibir el complemento de destino en la cuantía que la Ley de Presupuestos Generales del Estado fija anualmente para los directores o las directoras generales de la Administración del Estado, cuando se reincorporan al servicio activo después de haber desempeñado durante dos años continuados o tres con interrupción cualquiera de los siguientes cargos:

c) **Presidente o presidenta o gerente de las empresas públicas o de los consorcios con participación mayoritaria de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears**”. Vid. STS núm. 166/2014, de 28 de Febrero, Fundamento de Derecho Noveno.

Deben centrar nuestra atención, acto seguido, algunas de las expresiones empleadas por el Tribunal Supremo en la sentencia cuyo análisis ahora nos ocupa:

.- “Su nombramiento se hizo”, alega la recurrente, “por el consejo de Administración de una Sociedad Anónima según consta en el acta de la sesión correspondiente que aparece unida a las actuaciones en uno de los tomos separados.

.- “Pero en realidad materialmente su nombramiento se hace por la Administración Autonómica.

.- “Su nombre es propuesto por el Consejero de Economía para acceder al puesto de Gerente”.

.- “El nombramiento del recurrente como gerente se realiza a propuesta del Conseller de Economía, como representante de la administración”.

.- “Su nombramiento obedeció a la decisión de una autoridad competente, el Conseller de economía y hacienda”.

.- “Se da pues el requisito del art. 24.2 CP”.

.- “En el Consejo de Administración que designó al acusado había mayoría de representantes de la Comunidad por mandato estatutario”.

.- “Era el Conseller del Gobierno autonómico quien debía efectuar la propuesta. Materialmente está cubierto el requisito del título que exige el art. 24.2 CP”.

.- “El Conseller y en virtud de su propuesta el resto de Consejeros mayoritarios en el Consejo son quienes eligen para ese puesto al recurrente, en lo que es sustancialmente un refrendo de la decisión adoptada en el seno de la Administración Autonómica por la autoridad competente. Luego tal realidad recibe el ropaje propio de un contrato laboral entre la Sociedad Mercantil y el “nombrado”.

El Tribunal Supremo abandona, según evidencian las frases transcritas, el ámbito de la *interpretación extensiva* y entra de lleno en el de la analogía. Obsérvese que reconoce (no puede

ser de otro modo) que el **nombramiento lo realiza el Consejo de Administración de Bitel**, lo cual obliga a concluir que no lo realiza el Consejero de Economía ni, por consiguiente, una autoridad competente. Dicha circunstancia no impide afirmar, sin embargo, que el recurrente era *funcionario público*: aunque formalmente no fue nombrado por autoridad competente, **materialemente su nombramiento si lo hace ésta en la medida en que a ella le corresponde proponer una persona para acceder al cargo de Gerente de Bitel**.

En realidad, sin duda por la dificultad de completar el requisito legal, esto es, la necesidad de un *nombramiento por autoridad competente*, el Tribunal Supremo fundamenta su decisión apoyándola en distintas expresiones que comparten el dudoso honor de que todas implican reconocer que el recurrente no fue nombrado por una *autoridad*, término descrito en el propio artículo 24: **materialemente** el nombramiento lo hace una Autoridad dado, como acabamos de decir, que el Conseller era quien proponía para acceder al puesto de Gerente; el nombramiento **obedece a una decisión de una autoridad competente**; la Autoridad Competente decide y el Consejo de Administración de Bitel **refrenda** dicha decisión.

El artículo 24.1 CP dispone que “*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*”.

Como fácilmente puede apreciarse, el Consejo de Administración de una entidad pública como BITEL no puede ser considerada, en modo alguno, *autoridad*, por lo que se hace preciso fundamentar el nombramiento como una designación propia del Consejero de Economía del Gobierno balear.

Debe destacarse, en cualquier caso, como hace TORRES FERNÁNDEZ, siguiendo a CEREZO MIR, que “*si bien toda*

*autoridad es funcionario, no se cumple la regla inversa, esto es, que todo funcionario sea autoridad*⁸⁹.

En el fondo lo que realmente dice la Sentencia es que a pesar de que quien nombra al Gerente de la entidad pública es el Consejo de Administración de ésta, dado el peso que en él tienen el Consejero de Economía y los representantes de la Administración Autónoma, así como el origen de la propuesta, **materialmente es como si el recurrente hubiese sido nombrado por dicho Consejero**, pues es él quien tiene el control del mentado Consejo de Administración.

Si el Consejero de Economía no nombra al Gerente de la Entidad Pública **pero es como si lo hiciera, sin duda no lo hace**, y éste hecho no puede ser obviado. El concepto de funcionario público, descansando en la participación en el ejercicio de la función pública, tiene, como dice el propio Tribunal Supremo, un significativo, pero no exclusivo, carácter funcional o material: aunque es decisoria dicha participación en el ejercicio de funciones públicas, el propio artículo 24 impone el límite del **título de acceso a tal ejercicio**, que debe realizarse en virtud de disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente.

Proponer para un nombramiento no es lo mismo que **nombrar**, aunque quien propone tenga mucha fuerza en la efectiva designación o nombramiento. En la práctica, materialmente, **es casi como si nombrara, pero no nombra**.

Cuando el artículo 10 (*Creación, modificación y supresión de órganos y unidades administrativas*) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, establece que “*las Subsecretarías, las Secretarías Generales, las Secretarías Generales Técnicas, las Direcciones Generales, las Subdirecciones Generales, y órganos*

89 Vid. TORRES FERNÁNDEZ, “Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 01-08 (1999), punto 3. *El sujeto pasivo: funcionario público, autoridad o agente de la autoridad*.

similares a los anteriores se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas”, no afirma que dicha **creación** la realicen el Ministro interesado o el Ministro de Administraciones Públicas, aunque sean ellos quienes toman la iniciativa o proponen. Es el Consejo de Ministros quien crea.

Y otro tanto sucede, por ejemplo, con el artículo 5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Este precepto establece una relación de competencias del Consejo de Ministros (aprobar los proyectos de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado; acordar la negociación y firma de Tratados internacionales, así como su aplicación provisional; adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado, etc.), sin que quepa afirmar que **materialmente** todas estas son competencias del Presidente del Gobierno por ser él quien, en virtud del artículo 1 de la misma Ley 50/1997, propone al Rey el nombramiento y separación de los Vicepresidentes y de los Ministros, esto es, quien realmente tiene el control del Consejo de Ministros.

Tampoco cabe afirmar que sea el Presidente del Gobierno quien **nombra** a los Ministros, competencia atribuida al Rey, aunque en la práctica la propuesta del Presidente del Gobierno sea la decisoria.

¿Por qué el Tribunal Supremo decide confirmar la Sentencia núm. 117/2012, de 14 de diciembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares y asumir el **concepto de nombramiento material** en ella utilizado?

En efecto, es esta última sentencia la que incorpora dicho concepto cuando afirma que *“si bien formalmente el nombramiento del gerente lo hiciera el Consejo (de Administración de Bitel), de modo material lo hizo el Conseller, que como tal disponía de la mayoría”*⁹⁰.

90 *“Que el Sr. Demetrio mientras desempeñó el cargo de Gerente de Bitel era funcionario público a efectos penales no nos ofrece pues la más mínima duda;*

La explicación la hallamos en un extracto, ya transcrito al principio de este trabajo, de la propia Sentencia núm. 166/2014 dictada por el Tribunal Supremo con fecha 28 de febrero: *“no puede quedar encorsetada esa noción (de funcionario público) por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado “levantamiento del velo”: estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una “huida del Derecho Penal”, sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material”*⁹¹.

Dicho resumidamente: es preciso no sustraer de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, lo cual sucedería, a juicio del Tribunal Supremo, si se impide la aplicación de determinados delitos cuya autoría está reservada a autoridades o funcionarios públicos exigiendo, con excesivo respeto a la letra de la ley, que quien nombre sea efectivamente la autoridad competente.

Es comprensible, por supuesto, la preocupación del Alto Tribunal, pero no que para facilitar la aplicación de determinadas

y a mayor abundamiento lo confirmaría tanto la circunstancia de que durante su desempeño pasara como profesor titular de la Universidad a la situación de servicios especiales, como la de que durante parte de ese tiempo el capital social de Bitel era sólo público (y precisamente cuando este acusado llevó a cabo la parte más importante y sustancial de su actividad delictiva)”. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección Segunda) núm. 117/2012, de 14 de diciembre, Fundamento de Derecho Segundo.

91 Vid. STS núm. 166/2014, de 28 de febrero, cit., Fundamento de Derecho Noveno.

figuras delictivas se vaya más allá de lo que permite el tenor literal de la Ley. Más peligroso que sustraer de la tutela pena reforzada (esto es, la que dispensan delitos especiales impropios que agravan la pena en atención a la condición del sujeto activo) o, incluso, simplemente, de la tutela penal, determinados bienes jurídicos esenciales es sustraer o apropiarse de competencias exclusivas del legislador penal, esto es, determinar, mediante Ley Orgánica, qué conductas son constitutivas de delito o falta.

4.3.3. Interpretación extensiva y analogía

La interpretación es una operación intelectual por la que se busca establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la Ley para decidir los supuestos contenidos en ella y, consecuentemente, su aplicabilidad al supuesto de hecho que se le plantea al intérprete⁹². En el ámbito del Derecho Penal esta labor interpretativa es, como dice MUÑOZ CONDE, “*especialmente importante habida cuenta del rigor con el que el principio de legalidad opera en esta materia*”⁹³.

El artículo 4.1 del Código Penal establece que “*las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*” o, dicho de otro modo, prohíbe la analogía, que consiste, como explica aquel autor, en aplicar una ley a supuestos no contemplados en ella pero muy similares (análogos) a los que la ley describe⁹⁴.

Aplicar una Ley analógicamente implica, en realidad, crear una nueva norma, pues la que se afirma aplicada no contempla el supuesto de hecho al que se impone la consecuencia jurídica en ella prevista. Si la Ley 1 dispone que si se da el supuesto de hecho A deberá imponerse la consecuencia C, aplicar esta al supuesto CasiA supone crear una nueva norma cuyo supuesto es

92 Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pág. 119.

93 Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 119.

94 Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 120.

este último, CasiA, y la consecuencia la misma que la que impone la Ley 1.

Ley 1: Supuesto de hecho A - Consecuencia jurídica C

Norma 2: Supuesto de hecho CasiA - Consecuencia jurídica C

La analogía encierra, por tanto, una creación judicial de normas jurídicas. O, como indican QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, “*una sustitución del monopolio legislativo*”⁹⁵.

En suma, la analogía no es una *forma de interpretación de la ley*, sino, según MUÑOZ CONDE, una *forma de aplicación de la ley* (“*de lo que se trata en la analogía es de que, una vez interpretada la ley—es decir, una vez establecidos los supuestos que contiene—, se extienden sus consecuencias—se aplican— a otros supuestos no contenidos, pero similares o análogos*”)⁹⁶ o, según acabo de explicar, *una forma de creación de una norma por parte de jueces y tribunales*.

La analogía debe distinguirse de la interpretación extensiva de la ley, una de las clases de interpretación según el resultado. Las otras clases de interpretación desde la óptica del resultado son las interpretaciones *declarativa* y *restrictiva*.

La interpretación *extensiva*, la más próxima a la analogía, implica atribuir a un término legal un elevado número, sino el máximo, de acepciones permitidas por su tenor literal, que no puede ser rebasado en ningún caso.

En la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 166/2014, objeto de especial atención por consolidar el concepto de *nóminamiento material* acuñado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares en su Sentencia núm. 117/2012, se hallan ejemplos tanto de analogía como de interpretación extensiva. Ejemplo de esta última, válida en tanto respetuosa

95 Vid. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, “Comentario al artículo 4 CP”, en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, director Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 79.

96 Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 120

con el tenor literal del artículo 24.2, es el concepto de función pública adoptado, omnicomprensivo. Ejemplo de analogía y, por consiguiente, prohibida por el artículo 4.1 del Código Penal y contraria al principio de constitucional de legalidad, es la aplicación de la consecuencia prevista por el artículo 24.2, esto es, la consideración de *funcionario público penal*, a quien en realidad no merece dicha consideración por no haber sido nombrado por autoridad competente.

Bibliografía

- BARQUIN SANZ, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes*, Madrid, 1992.
- BLANCO CORDERO, “Comentario al artículo 423 CP”, en *Comentarios al Código Penal*, director Manuel Gómez Tomillo, Lex Nova, Valladolid 2010.
- CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, “Comentario al artículo 167 CP”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- CASTRO MORENO, “Comentario al artículo 435 CP”, en *Comentarios al Código Penal*, director Manuel Gómez Tomillo, Lex Nova, Valladolid 2010.
- COBO DEL ROSAL, “Examen crítico del párrafo tercero del artículo 119 del Código penal español. (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero de 1962.
- COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, “Comentario al art. 24 CP”, en *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Artículos 24 a 94*, director Manuel Cobo del Rosal, Madrid 2000.
- DE LA MATA BARRANCO, “El funcionario público ante el Derecho Penal”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 20, enero 2010.
- DEL TORO MARZAL, “Comentario al artículo 119 CP”, en *Comentarios al Código penal. Tomo II, VVAA*, director Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel Barcelona, 1972.

- GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, Granada 1999.
- GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia 1994.
- JAVATO MARTÍN, “Comentario al art. 24 CP”, en *Comentarios al Código Penal*, director Manuel Gómez Tomillo, Lex Nova, Valladolid 2010.
- JAVATO MARTÍN, “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 23, enero 2011.
- LLABRES FUSTER/TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La responsabilidad penal del miembro del jurado*, Barcelona 1998.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, Barcelona 2000.
- MIR PUIG, “Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función», en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*. CDJ, CGPJ, Madrid, 1996.
- MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, “Comentario al artículo 423 CP”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, director Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona 2011.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007
- OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid 1990.
- ORTS BERENGUER, “Comentario al artículo 24 CP”, en *Comentarios al Código penal de 1995*, coordinador T. S. Vives Antón, Valencia 1996.
- PORTILLA CONTRERAS, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid 1990.
- QUERALT JIMÉNEZ, “El concepto de funcionario público”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1985.

- QUINTERO OLIVARES, “Comentario al artículo 24 CP”, en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, director Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, 2011.
- QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, “Comentario al artículo 4 CP”, en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, director Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, 2011.
- REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por Funcionario Público*, Barcelona 1996.
- REBOLLO VARGAS, “Comentario al artículo 167 CP”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I*, directores Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán, Marcial Pons, Madrid 2004.
- REBOLLO VARGAS, “Comentario al artículo 174 CP”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I*, directores Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán, Marcial Pons, Madrid 2004.
- ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos*, J.M.BOSCH, EDITOR, Barcelona 1999.
- RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid 1990.
- RODRÍGUEZ MESA, *Tortura y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada 2000.
- RODRIGUEZ MOURULLO, “Comentario al artículo 24 CP”, en *Comentarios al Código penal*, VV.AA, Madrid 1997.
- TORRES FERNÁNDEZ, “Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 01-08 (1999).
- VALEIJE ÁLVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y «personas que desempeñan una función pública»”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *Los delitos contra la administración pública. Teoría general*, Santiago de Compostela 2003.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Libertad personal y seguridad ciudadana: estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, PPU, Barcelona 1993.