

# Introducción al Derecho Penal de la Administración Pública

Por: Miguel Polaino-Orts<sup>1</sup>

*El autor nos presenta de manera muy explicativa la figura del Derecho Penal de la Administración Pública, al cual define como Derecho Mixto. Señala que esta disciplina se caracteriza por razón de la materia, haciendo referencia a su relación con la organización del Estado y la protección de intereses generales, y por razón de la persona pues los protagonistas son los sujetos cualidad: funcionario público.*

*Posteriormente desarrolla los conceptos penales de autoridad, funcionario público y de la Administración Pública. Si bien el contexto del autor es el ordenamiento jurídico español, el artículo resulta útil para realizar un análisis del Derecho comparado, así como para abordar el sistema español.*

El Derecho penal de la Administración pública si bien es cierto se encuentra dentro de la rama del Derecho Penal, debe ser analizado con el debido cuidado, pues comparte características del Derecho Administrativo así como del Derecho Penal. Razón por la cual se le debe de considerar un Derecho mixto, que tiene métodos de estudios sea por razón de la materia (referido a la organización del estado) o en razón de la persona (referido a la persona dentro de la organización que comete el ilícito).

## I. Derecho penal de la Administración Pública: concepto y significado

En la denominación de esta disciplina se contienen **dos elementos heterogéneos** que a simple vista pueden parecer incluso **contradictorios**: «**Derecho penal**» y «**Administración pública**». Esa denominación reúne bajo un mismo tenor **dos materias** que tienen, cada una de ellas, un ámbito concreto y autónomo, **dos disciplinas** que tienen diversos «**campos de juego**», **dos ámbitos** que son, al menos, **conceptualmente diferenciados**: uno de ellos, el **Derecho penal**, es un sector del ordenamiento jurídico, una especie del género **Derecho**; otro, la **Administración Pública**, alude a un concepto en principio más amplio: a aquella organización que gestiona **servicios públicos** en el seno de una esfera política determinada.

Entonces ¿qué sentido tiene **unir** dos miembros **tan diferentes** bajo un mismo «**manto conceptual**»? O formulado de otra manera: ¿Qué **vincula** al Derecho Penal con la Administración pública? Si analizamos ambos conceptos con más detenimiento veremos que

entre ellos existen algunos **puntos de conexión**:

- Por un lado, pareciera que el Derecho penal, como **instrumento** al servicio de la **Administración de Justicia**, también formaría parte de la **Administración pública**. Desde este punto de vista, la Administración de Justicia penal sería un **sector** de la Administración pública, un **fragmento** de ella.
- Por otro lado, tanto el Derecho penal como la Administración pública tienen otro **común denominador**: ambas materias se incluyen en lo que suele llamarse **Derecho público**.

## II. Derecho público como común denominador

Tradicionalmente la Ciencia del Derecho se ha dividido en dos sectores diferenciados: **Derecho público** y **Derecho privado**. Esta división, quizá más pedagógica que de contenido material, se remonta a épocas antiguas, aunque experimentó una **revalorización** con el nacimiento del concepto de **Estado moderno**, en la época de la Revolución Francesa.

Dentro de las fuentes tradicionales puede citarse al jurista **ULPIANO**. En su opinión, el **Derecho privado**, en cuanto afecta únicamente al interés **particular de los individuos**, se regula por su voluntad autónoma, expresada mediante el negocio jurídico unilateral o mediante un acuerdo de voluntades (contrato). Por su parte, el **Derecho público** afecta al **interés de todos**, y su contenido lo integra la organización y el

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla – España. Magister en Derecho por la Universidad de Sevilla. Magister Iuris Comparativi por la Universidad de Bonn (Alemania).

funcionamiento del Estado, y se funda en la voluntad general.

Modernamente, a finales del Siglo XVIII, en la época del Iluminismo, **se acentúa** la separación entre **Derecho público y privado**. Esencialmente son tres las **diferencias** entre ellos: 1. **Cualidad de las partes**; 2. **Libertad de las mismas**; y 3. **Interés protegido**. Veamos estas diferencias brevemente.

1. El hecho de que el Derecho sea público o privado lo decide, en primer lugar, la **cualidad de las partes**.

- En el **Derecho público** una de las partes intervinientes en la relación jurídica es siempre, mediata o inmediatamente, la **Administración pública** y la otra, normalmente, el **administrado**, aunque también puede ser (otro o el mismo órgano) de la Administración.

- En el **Derecho privado** el conflicto se origina, por lo común, entre **dos particulares**, de manera que propiamente **no interviene** como parte de la relación jurídica la Administración pública. Ello no quiere decir que el ciudadano no esté amparado, en sus conflictos privados con otros ciudadanos, por la Administración. Pero resulta evidente que la diferencia radica en que en el Derecho público la Administración pública participa, de manera más o menos notoria, como **parte de la relación jurídica**, y en el Derecho privado esa participación es nula o reducida a la mínima expresión.

Ello genera una discusión ya clásica entre los tratadistas, a saber: si existe propiamente una **relación de supremacía** entre la Administración y el administrado, o si ambos se encuentran en **pie de igualdad**. El art. 103 CE dice que «la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales, y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». Si la Administración pública **sirve con objetividad** a los **intereses de los ciudadanos** entonces parece que la Administración pública **no es más** que el ciudadano, y por ello no existiría desde ese punto de vista **sometimiento** de éstos a aquéllos. Sin embargo, la Administración es **algo más** que la suma de cada uno de los intereses particulares de cada ciudadano (algunos de los cuáles son **inconciliables** entre sí) y, en ese sentido, los ciudadanos sí deben un respeto a los intereses que representan a la colectividad, aunque en el caso concreto no sean los que ellos defenderían. En todo caso, la tradicional **relación de supremacía** entre Administración y administrados no puede entenderse en el sentido superado de **sometimiento u obediencia** (donde la Administración es «**la que manda**» y el sujeto -entendido como **súbdito**- «**el que obedece**») sino en el sentido de **regulación** y **tutela**: la Administración provee una **protección a los ciudadanos**, y éstos se ven **amparados y protegidos** por ella. En dos palabras: **la Administración se encuentra al servicio de los administrados, y no al revés**.

2. En consonancia con lo anterior se observa una **segunda diferencia**, que afecta a las **condiciones de la relación jurídica**, esto es: a la **libertad de las partes** intervinientes en la relación jurídica:

- En el ámbito del **Derecho público**, al ser la Administración por lo común una de las partes, la **libertad** viene **limitada** por el interés general.

- **Sensu contrario**, en el ámbito del **Derecho privado** las condiciones de la relación jurídica las determinan los mismos contratantes, esto es: los **particulares**, y son ellos -y no la Administración pública- los que **deciden**, aunque es cierto que la Administración a veces **pone límites**. Lo cierto es que los contratantes privados **tienen libertad** para decidir las condiciones del contrato, una libertad que no se dispone en la relación jurídico-pública, donde existe un pleno sometimiento a los **intereses generales**.

3. Además de la cualidad de las partes y de su libertad de organización, quizá la característica más notoria de la distinción entre un Derecho privado y uno público radique en la **naturaleza jurídica del interés protegido**:

- En las relaciones de **Derecho privado** (por ejemplo: en el Derecho civil) los intereses protegidos son **intereses particulares**, que dependen de la voluntad de las partes, que tienen -por ello- libertad para establecer su alcance, su uso, su manejo y, con algunas limitaciones, también su disfrute. Por eso, aquí, la **autonomía de la voluntad**, es un concepto preponderante.

**Por ejemplo**: en una compraventa, los contratantes (el comprador y el vendedor) deciden **todo**: el objeto de la misma, a quién se vende, por cuánto, en qué plazos, etc. A salvo de algunas limitaciones de **orden público** o de **orden moral**, las partes disponen de una amplísima autonomía de la voluntad para configurar la relación jurídica que les vincula: hacen, por eso, la relación a su imagen y semejanza, en función de sus intereses particulares.

- En cambio, el **Derecho público** se protege siempre un **interés público o general**, que no depende de las partes intervinientes, sino de una voluntad común superior. Así, el Derecho penal protege, por ejemplo, **bienes colectivos o supraindividuales** que afectan a todo el mundo, como la Hacienda Pública, la propiedad, la seguridad vial, el Medio ambiente, etc., aunque también, y muy singularmente, protege **bienes personalísimos**, como la vida, la integridad física, el honor, la libertad o la libertad sexual. Que sean bienes de titularidad **individual** no significa que no sean bienes de **interés público**, antes al contrario: existe generalmente el interés del mantenimiento incólume de esos bienes, porque siempre, en última instancia, afecta a la **seguridad colectiva**.

Los **bienes personalísimos**, que son de **titularidad individual** (pertenecen a un solo sujeto y, además, a su ámbito **más privado**) tienen también, en última instancia, una **irrenunciable perspectiva social**. De hecho, esos bienes sólo existen porque el sujeto que los posee **forma parte** de una Sociedad y, además, porque existe una Administración pública que le provee una determinada protección jurídica social.

**Por ejemplo:** el concepto de **propiedad** únicamente tiene sentido cuando los sujetos viven en una sociedad organizada administrativamente. No tiene sentido hablar de propiedad (ni, en general, hablar de Derecho penal ni de Administración pública) si un sujeto viviera solo en una isla perdida al estilo de **ROBINSON CRUSOE**. Recién cuando convive **con otros sujetos** frente a los cuales puede **oponer** su propiedad (como **distinción de lo tuyo y lo mío**) y que, por tanto, pueden afrentar la propiedad ajena, tiene sentido hablar de **propiedad**: como diría **KANT**, el tránsito de lo tuyo inmanente a lo mío trascendente, o -en términos modernos- lo público es lo que queda después de distinguir los ámbitos privados de los ciudadanos.

Por ello, los **bienes jurídicos** (intereses protegidos por el Derecho), aunque sean bienes de titularidad individual o personal, únicamente adquieren sentido jurídico:

- a) Cuando existe una **relación interpersonal**, esto es: una **mediación de la socialidad**.
- b) Cuando los sujetos viven dentro de una **comunidad organizada**, esto es: dentro de una Sociedad (el ciudadano es el hombre mediado por lo social) que propugna valores o intereses sociales con independencia de los particulares.
- c) Cuando ese bien es susceptible de ser **violado o quebrantado** por otro.
- d) Y cuando existe el respaldo de una **Administración pública** que puede conceder un amparo, una protección ante el eventual quebranto de ese bien, incluso contra la voluntad del propio titular, porque el interés general **se sobrepone** a veces sobre el particular. Ahí se ve, también, que nos encontramos ante una rama de **Derecho público**.

**Por ejemplo:** los bienes personalísimos se siguen protegiendo aunque el sujeto **no quiera**, o -incluso (salvo excepciones)- cuando **consiente en su lesión**. La Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales: en este caso, el interés general es que **no se cometan delitos**, y si se **lesiona antijurídicamente** un bien ajeno se incurre en responsabilidad penal, aunque el titular haya consentido y aprobado la lesión: así, por mucho que uno quiera o acepte que otro le golpee, el delito de lesiones o de violencia de género sigue existiendo; o por mucho que uno consienta que otro lo mate, sigue existiendo delito de homicidio (el llamado «homicidio a petición», aunque se le impone una pena más reducida que al homicidio «no consentido») problemática aparte, pero también punible, es la llamada eutanasia).

En cambio, en algunos casos el **acuerdo o consentimiento** del titular sí tiene un efecto liberador de responsabilidad: para algunos autores, el primero (el acuerdo) excluye la tipicidad, mientras el segundo elimina la antijuricidad; en mi opinión, ambos son una **causa de atipicidad**, es decir, una causa que si concurre ese acuerdo excluye la tipicidad de la conducta. Sea como fuere, en esos casos, si el sujeto está de acuerdo con que se lesione un bien de su titularidad, entonces **no**

**hay lesión en sentido jurídico** (por ejemplo: si A está de acuerdo con que B se lleve un bien de su propiedad no existe delito de hurto; o si A aprueba que B penetre en su vivienda, no existe allanamiento de morada, etc.).

En todo caso: los **bienes supraindividuales** (como son los relativos a la Administración pública) son **indisponibles** por el titular. Por ello, el consentimiento aquí **no juega papel** alguno (sobre la problemática, VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS). Lo que interesa al Derecho público es que la conducta que lesione jurídicamente un bien **tiene que ser sancionada**: se protege, pues, el **interés general**, que supone mantener incólumes los bienes propios y ajenos; si se lesionan, existe una protección jurídica. Y aquí hallamos otra diferencia: en el ámbito del Derecho privado las reclamaciones **no son de oficio**, sino **a instancia de parte**; en el Derecho público, en cambio, son por lo general **de oficio**.

### III. Caracterización *ratione personae* y *ratione materiae*

El **Derecho penal de la Administración pública** es un ámbito sectorial que se integra dentro del Derecho penal pero que **comparte** también características del Derecho administrativo. Por ello, se encuentra **a mitad de camino** de las dos disciplinas, a caballo entre el Derecho punitivo y el administrativo. Pero esta **disciplina mixta o bifronte** presenta una especialización muy connotada: se caracteriza **ratione materiae** y **ratione personae**, esto es: por razón de la **materia** y por razón de la **persona**:

- **Ratione materiae:** por razón de la materia, el **Derecho penal de la Administración pública** se refiere a un contenido material muy determinado, que se relaciona íntimamente con la **organización del Estado** (con todo el organigrama administrativo que lo conforma) y con la protección de los **intereses generales**.
- **Ratione personae:** por razón de la materia, se caracteriza porque los protagonistas de esta disciplina son, preponderante, determinados sujetos revestidos de una determina cualidad fundante: la de ser **funcionario público** o **autoridad**.

En los apartados siguientes vamos a ampliar esas dos perspectivas: primero estudiaremos el **contenido material** del Derecho penal de la Administración pública, así como el significado y el alcance del concepto «**Administración pública**» como bien jurídico protegido por el Derecho penal; a continuación, nos centraremos en el aspecto subjetivo o personal: en la figura del **funcionario público**, y sus figuras adyacentes (singularmente: el concepto de **autoridad**). Vayamos a eso.

### IV. Contenido material del Derecho penal de la Administración pública

El Derecho penal de la Administración pública tiene, en tanto ordenamiento jurídico, un determinado **objeto de conocimiento**, que conforma propiamente su **contenido material**: ese objeto es, siempre, un conjunto de **normas de Derecho positivo** (positivo proviene de

**positum:** lo que es puesto o depositado por el legislador en una norma jurídica).

Esas normas jurídico-penales que conforman el **contenido** de esta disciplina se recogen esencialmente en el **Código penal**, cuyo texto vigente data de 1995 (aunque con numerosas reformas posteriores: la última por obra de la **LO 5/2010**, que reformó ampliamente esta materia). El CP dedica **dos títulos** (el XIX y el XX del Libro II) a la regulación de los «**Delitos contra la Administración Pública**» (que abarca los arts. 404 a 445) y a los «**Delitos contra la Administración de Justicia**» (arts. 446 a 471 bis). Cada uno de esos títulos se divide, a su vez, en diversos **capítulos**, que engloban una serie de delitos relacionados con el ámbito de la **Administración pública**. Estos delitos se distribuyen en los distintos capítulos, que contienen por regla general más de un artículo, y -por ello- varias modalidades diferentes de delitos.

El esquema del contenido de ambos títulos es el siguiente:

Título XIX del Libro II del CP: «Delitos contra la Administración Pública»

- Cap. I: De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos (arts. 404-406).
- Cap. II: Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos (arts. 407-409).
- Cap. III: De la desobediencia y denegación de auxilio (arts. 410-412).
- Cap. IV: De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos (ates. 413-418)
- Cap. V: Del cohecho (arts. 419-427).
- Cap. VI: Del tráfico de influencias (arts. 428-431).
- Cap. VII: De la malversación (arts. 432-435).
- Cap. VIII: De los fraudes y exacciones ilegales (arts. 436-438).
- Cap. IX: De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función (arts. 439-444).
- Cap. X: De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445).

Recientemente (por obra de la LO 5/2010, de 22 de junio) se ha añadido un **Título XIX bis: «Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales»** (art. 445 bis)

**Título XX del Libro II del CP: «Delitos contra la Administración de Justicia»**

- Cap. I: De la prevaricación (art. 446-449).
- Cap. II: De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución (art. 450).
- Cap. III: Del encubrimiento (arts. 451-454).
- Cap. IV: De la realización arbitraria del propio derecho (art. 455).
- Cap. V: De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos (arts. 456-457).
- Cap. VI: Del falso testimonio (arts. 458-462).
- Cap. VII: De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional (arts. 463-467).

- Cap. VIII: Del quebrantamiento de condena (arts. 468-471).
- Cap. IX: De los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional (art. 471 bis).

Las normas que incriminan **delitos en particular** se incorporan en la llamada **Parte especial** del Derecho Penal (Libro II del CP: delitos en particular y sus penas; y Libro III: faltas y sus penas). Además de los Títulos XIX y XX del Libro II del CP, hay otros **delitos funcionariales** (cometidos por funcionarios públicos) repartidos por el texto del CP:

- De un lado, encontramos **delitos cometidos por funcionarios**, pero que no recogen ni el Tít. XIX ni en el XX, porque afectan a otros bienes jurídicos individuales o colectivos:

**Por ejemplo:** torturas y otros delitos contra la integridad moral en el ámbito funcional; o delitos cometidos por funcionarios contra garantías constitucionales, delitos contra la libertad, la tutela judicial y la incolumidad del justiciable, delitos contra la intimidad, la dignidad y bienes del ciudadano o delitos contra otros derechos individuales garantizados constitucionalmente.

- De otro lado, existen diversos **delitos comunes** que son cualificados (agravados) por la **cualidad del sujeto activo** (ser funcionario público o autoridad).

**Así, por ejemplo**, existen figuras delictivas **agravadas** por la condición funcional del autor en diversas sedes: Detención ilegal y secuestro; delitos de descubrimiento y revelación de secreto; allanamiento de morada cometido por autoridad o funcionario público; prevaricación de autoridades o funcionarios públicos en el ámbito de los delitos contra la ordenación del territorio y contra el Patrimonio histórico-artístico y su responsabilidad; prevaricación de autoridades o funcionarios públicos en los delitos medioambientales; tráfico ilegal cometido por autoridad, sus agentes o funcionarios públicos; falsificación de documento público, oficial o mercantil cometido por funcionario público; falsificación de despacho telecomunicado; usurpación de funciones públicas; delitos de funcionarios contra el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas; usurpación funcional de atribuciones ajenas; delitos de discriminación cometida por funcionario público; reuniones, manifestaciones y asociaciones ilícitas, etc.

El contenido material, sustantivo, de la disciplina se completa, además, con algunas normas de **carácter fundamental**, contenidas en la **Parte general** (Libro I del CP): especialmente, en el art. 24, que contiene el **concepto penal de autoridad** (art. 24.1 CP) y el de **funcionario público** (art. 24.2 CP). A continuación veremos qué significan esos conceptos básicos para el Derecho penal, pero antes nos detendremos a analizar la noción de **Administración pública** y su significado como **bien jurídico** protegido por el Derecho penal.

## V. Administración pública como bien jurídico

Hemos dicho que el Derecho penal de la Administración pública se caracteriza, en primer lugar, **ratione**

**materiae:** ¿Por qué estos delitos se distinguen por razón de la materia? Porque se engloban y tienen que ver con el ámbito de la **Administración pública** (en sentido amplia). La rúbrica legal del Tít. XIX designa, pues, el **concepto esencial** en esta materia: «**Delitos contra la Administración pública**».

Si se leen los diferentes títulos del Libro II del CP, se verá que hay **dos formas** de designar esos títulos: un modo **descriptivo** y otro **prescriptivo**: dentro del primer modo entra *v.gr.* la rúbrica del Tít. I: «**Del homicidio y sus formas**»; dentro del segundo, por ejemplo, la del Tít. XIX: «**Delitos contra la Administración pública**». La primera consiste, propiamente, en una **descripción** más o menos aproximada de los delitos que componen ese Título. La segunda designa, en puridad, no el delito, sino su **bien jurídico** (esto es: del **objeto de protección**), expresado mediante la fórmula «**Delitos contra...**».

Ello plantea, pues, la cuestión **de si -y hasta qué punto-** la **Administración pública** constituye un **bien jurídico protegido** por el Derecho penal. Ello exige analizar **qué se esconde** debajo de ese concepto un tan enigmático, amplio, genérico, pluridimensional, multívoco. A simple vista, la rúbrica legal parece convertir a la Administración pública en el bien jurídico protegido. Es bien jurídico porque es **objeto de protección** y es objeto de protección porque es **objeto de ataque: se protege** la Administración pública porque las conductas ahí incriminadas como delitos **atentan** contra la Administración pública, y por ello se les concede una **protección normativa**.

A ese objeto de ataque se le llama técnicamente **bien jurídico**, concepto acuñado por el penalista alemán **BIRNBAUM** en el año 1834 (evolución histórico-dogmática, en **POLAINO NAVARRETE**). El bien jurídico es el **objeto de protección** del Derecho Penal: por ejemplo, la vida en el delito de homicidio, el honor en el delito de injuria, la libertad sexual en el delito de violación y -según muchos autores- la Administración pública en los delitos funcionariales.

El bien jurídico es aquel **bien o valor merecedor** de protección normativa penal. Se trata del **eje esencial** que, para la doctrina mayoritaria, fundamenta la **función del Derecho Penal**: el Derecho Penal **protege bienes jurídicos**, que son los bienes o valores, personales o colectivos, imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria (**POLAINO NAVARRETE**). El Derecho Penal no protege **cualquier bien** sino únicamente los bienes **más relevantes**, y además, no protege cualquier bien frente a **cualquier agresión**, sino que los protege únicamente frente a las **más graves formas de agresión**.

La doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido en estos delitos es la **Administración pública**. La rúbrica del título XIX fue introducida en el Código Penal de 1995. Anteriormente estos delitos funcionariales estaban incluidos en otra rúbrica: «**De los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos**». Como se ve, esa rúbrica resaltaba el **aspecto personal**, que es la figura del funcionario. La denominación actual es **marcadamente**

**material**: designa el objeto de tutela, y no nombra explícitamente a los funcionarios. La denominación antigua era incorrecta en algunos casos. El legislador de 1995, queriendo superar las insuficiencias y deficiencias de la rúbrica anterior, introduce la nueva rúbrica legal. Para la doctrina mayoritaria, esta nueva terminología designa correctamente el bien jurídico protegido: la **Administración pública**. Pero ¿qué se esconde bajo ese concepto? Vamos a verlo.

El concepto de **Administración pública** como bien jurídico protegido es considerablemente impreciso por **dos motivos**, a saber: porque es **incompleto** y porque es **multívoco**:

- En primer lugar, el concepto de Administración pública es, como bien jurídico, **incompleto** y **no agota todos los que son**. El Tít. XIX no engloba la **totalidad** de delitos funcionariales. Si se lee el Código Penal veremos que, en otros títulos diferentes, también hay delitos cometidos por funcionarios y que, por ello, también afectan a la Administración pública.

**Por ejemplo:** el art. 167 CP, en sede de delitos contra la libertad, o el art. 174 y sig., que incrimina el delito de tortura cometido por un funcionario público.

- El concepto de Administración pública es, además, **multívoco**, y -por tanto- impreciso y hasta etéreo. Multívoco indica que es un **significante** con muchos posibles **significados**. El Diccionario de la Real Academia Española da al menos dos significados de Administración pública:

- o Conforme al primero, Administración pública significa «**organización** ordenada a la gestión de los servicios y a la **ejecución de las leyes** en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y del poder judicial». Este primer concepto es un poco **contradictorio**, pues resulta -cuanto menos- paradójico hablar de ejecución de las leyes dejando aparte al Poder Judicial.

- o Conforme al segundo significado, Administración pública alude al «**conjunto de organismos** encargados de cumplir esta función».

El primer significado es una definición que atiende más a la **materia** (es, pues, **ratione materiae**). La segunda definición no es, en cambio, **ratione personae**, sino una definición que podríamos llamar **organicista**: define a la Administración como **conjunto de organismos**, de diferente rango y competencia. Y añade una coletilla que también es imprecisa: organismos encargados de cumplir «**esta función**». ¿Qué función? ¿La organización, la gestión de servicios, la ejecución de leyes? ¿O quizá todo ello junto? Más bien, esto último. Pero ello no hace sino resaltar lo que antes escribimos: el concepto no es, propiamente, unívoco, sino lo contrario: puede significar varias cosas a la vez y, por ello, es **considerablemente impreciso**.

Para saber qué significa **Administración pública** a efectos penales, habremos de acudir a criterios

diferentes a los que ofrece el DRAE. Desde este punto de vista, podemos definir el concepto en un **triple sentido** (objetivo, subjetivo y organicista):

- **Objetivamente**, la Administración pública alude al conjunto de actividades llevadas a cabo por agentes públicos que constituye el contenido, el desarrollo y la dinámica de la función pública.
- **Subjetivamente**, la Administración pública se refiere al conjunto de titulares de la función pública, esto es: autoridades, funcionarios y asimilados que desempeñan la actividad y los cometidos propios de la actividad funcional.
- **Desde un punto de vista orgánico u organicista**, la Administración pública alude al conjunto de órganos estatales, autonómicos y locales que componen la cosa pública, y que se hallan ordenados en niveles, rangos, jerarquías, entidades, cargos y oficios públicos, delimitados en función de sus competencias.

Estos puntos de vista son, en puridad, **complementarios y no excluyentes**. Con todo, esas tres perspectivas **no agotan** la definición de la Administración pública en **sentido penal**. Lo que verdaderamente define a la **Administración pública** desde la óptica jurídica no son las actividades funcionales ni funcionariales, ni tampoco el complejo orgánico institucional, sino sobre todo la consideración de que nos encontramos ante una **persona jurídica** (así, en la doctrina administrativista, **GARCÍA DE ENTERRÍA**), esto es: ante un ente con **personalidad jurídica propia**, autónomo y diferenciable de cada una de las personas físicas de los administrados. En Alemania se habla aquí de **persona en Derecho (Rechtsperson)**, es decir: del **titular de derechos y deberes propios**.

Por ello, aunque la Administración pública se encamina a la defensa y a la gestión de los **intereses generales**, lo que la caracteriza es que no es la mera suma de los intereses de cada uno de los ciudadanos, ni siquiera el compendio de todos los intereses de los ciudadanos en unos intereses colectivos o generales, sino precisamente la consideración de que la Administración pública es una persona jurídica, con personalidad jurídica y con capacidad autónoma de obrar. La Administración pública es, en consecuencia, un **destinatario idóneo de normas jurídicas** y, al propio tiempo, **titular de obligaciones**.

La doctrina penalista ha precisado el **contenido** de la Administración pública como **bien jurídico-penalmente** protegido, resaltándose varios significados de ese concepto:

- Algunos autores consideran que bien jurídico «Administración pública» significa esencialmente **deber de fidelidad del funcionario** (así, **QUINTANO RIPOLLÉS** o **ANTÓN ONECA**, en la doctrina española, y **Claus ROXIN**, en la alemana).
- Un sector doctrinal considera que Administración pública es, en tanto bien jurídico, **sinónimo de**

**función pública (BUSTOS RAMÍREZ, RODRÍGUEZ PUERTA, VIVES ANTÓN, LÓPEZ GARRIDO, etc.)**

- Desde otra perspectiva, se resalta la idea de la Administración pública como **confianza en el correcto funcionamiento de la Administración (BACIGALUPO)**.
- Finalmente, otro sector doctrinal considera que la Administración pública se define como una **persona jurídica**, resaltando la persona como **titular de derechos y deberes** que conforma el rol, definen su posición dentro del mundo social y delimita su ámbito de competencia (**JAKOBS, POLAINO NAVARRETE**). La consideración de la Administración como **persona jurídica** tiene ciertos influjos en la conceptualización del **bien jurídico**:
  - o Por un lado, el bien jurídico no será, propiamente, la totalidad de la Administración en general (que es un concepto **demasiado amplio**), sino sólo un **concreto ámbito** de la Administración: aquel al que se refiera el **derecho o deber**, inherente a su rol, en cuestión.
  - o Por otro lado, el bien jurídico administrativo no se entiende en sentido **ontológico** (prejurídico) sino **funcional** (normativo): se protege la Administración no como «**armatoste inmóvil**», sino como «**maquinaria en funcionamiento**»: el **aspecto funcional** de la Administración pública.

## VI. Caracterización personal: la Administración pública

como persona jurídica

Las personas (físicas o jurídicas) se encuentran en el mundo social en función de **portadores de un rol**. En función de su rol a cada sujeto le corresponde **administrar** un determinado **segmento de la realidad**. El rol es, pues, el **papel** que cada uno cumple en la Sociedad, la función o cometido que cada cual desempeña. El rol presenta un **doble aspecto**: uno formal o externo y otro material o substantivo:

- Desde el punto de vista **formal**, el rol es la **apariencia externa** del Derecho, la «**máscara**» que idéntica cara al exterior el cometido de la persona. Llena de un determinado contenido. una serie de derechos y deberes.
- Desde la óptica **material**, alude al **contenido** de ese rol, que siempre está integrado por un conjunto de **derechos y deberes**. Estos constituyen el contenido **que le da cuerpo** al rol personal.

**Por ejemplo:** un sujeto que desempeñe el rol de taxista dispondrá del derecho municipal a cobrar el correspondiente precio por transportar a un viajero de un sitio X a un sitio Y, y -a su vez- tendrá la obligación de hacerlo además por el sitio más rápido y seguro posible, y de pagar las tasas municipales o el impuesto de circulación que le corresponda correspondientes al ejercicio de tal labor, etc.

Al rol de padre se le atribuyen, por su parte, una serie de derechos (el derecho de conceder su propio apellido a su vástago, derecho a disfrutar de su paternidad en las horas pertinentes, derecho a ser titular de la patria potestad, etc.), pero también se vinculan al rol paterno-filial una serie de obligaciones: ante todo, el deber de alimentar al menor de edad y de procurar su cuidado adecuado e integral (alimento, vestimenta, etc.), el deber de protección, etc.

Lo mismo ocurre con el **funcionario público**: quien ostente tal rol, puede gozar de sus derechos dentro de los límites de la ley y tiene que cumplir las obligaciones derivadas de su cargo.

Ello significa que el haz de derechos y deberes de la persona (esto es: el contenido material del rol de cada uno) condiciona su propio ámbito de organización, su campo de acción y su propia responsabilidad. De este punto de vista, el rol personal cumple una **triple función**:

- Por un lado, **configura el ámbito de organización personal**, el ámbito donde la persona es **competente**.
- Por otro, el rol **da la medida de su propia responsabilidad**, pues cada cual responde siempre **en la medida** en que infringe un deber inherente a su propio rol.
- Y finalmente, el rol es el **límite de la propia responsabilidad**, en tanto que únicamente puede responderse penalmente por la infracción de un **deber propio** y nunca por la infracción de un **deber ajeno**.

Pues bien, en este ámbito, tanto la **persona física** (el funcionario) como la **persona jurídica** (la Administración) desempeñan un rol determinado, cuyo contenido material viene integrado por un haz de **derechos y deberes** que delimita la esfera de competencia del funcionario y de la Administración.

**Por ejemplo**: un magistrado tiene, en tanto **funcionario público**, una serie de derechos y de deberes inherentes a su rol: así, tiene el derecho a unos honorarios mensuales, a un mes de vacaciones pagadas, etc., pero también tiene el deber de resolver, aplicando las normas jurídicas vigentes, los casos de la realidad que se le presenten, tiene el deber de resolver un mínimo número de casos al año, etc.

Lo mismo cabe decir de la **Administración pública** como **persona jurídica**: dispone, *v.gr.*, del derecho a recaudar impuestos, pero también tiene el deber de alumbrar y limpiar las calles, recoger la basura, o responder –en un sentido afirmativo o no, según corresponda en Derecho– la solicitud de un administrado que solicita una licencia de apertura de un bar o una licencia de construcción.

Si una **persona (física o jurídica)** adecua su comportamiento a su rol, ello significa que cumplirá las **expectativas sociales** depositadas en él, esto es:

disfrutará sus derechos y cumplirá sus obligaciones, y –en ese sentido– contribuirá con su comportamiento personal al funcionamiento del mundo; en cambio, si la **persona (física o jurídica)** se aparta de rol, entonces defraudará la expectativa social, quebrantará su rol, infringirá un deber inherente al mismo y, en definitiva, incurrirá en responsabilidad penal o administrativa. Pues bien, precisamente eso es la esencia de la **imputación objetiva**. O en otras palabras: la imputación no es más que el **reverso del cumplimiento del rol**.

## VII. Conceptos penales de autoridad y funcionario público

La Administración pública se caracteriza, también, **ratione personae**. Nos toca ahora, por eso, analizar el **aspecto personal** de la Administración. Este **aspecto subjetivo** viene determinado por la **especial cualidad o condición** de los sujetos intervinientes en ella: la de **funcionario público**, que es, en puridad, el **protagonista** de las relaciones administrativas. El funcionario público es un **delegado** que arbitra la Administración pública para **relacionarse** con el administrado, es algo así como la **cara de la Administración**, y sirve de **enlace** entre la Administración y el administrado. Es, en ese sentido, la **representación** en forma de persona física de una persona jurídica, como es la Administración Pública.

El CP contiene, dentro de su articulado, la **definición positiva** tanto del concepto de **autoridad** (art. 24.1 CP) como del concepto de **funcionario público** (art. 24.2 CP). Se trata del significado que tienen esos conceptos para el **Derecho penal**. El hecho de que el CP contenga en su articulado un concepto **penal** de funcionario público y de autoridad no debe darse por sobreentendido. El Derecho penal podría haberse limitado a **importar** desde el Derecho administrativo el concepto **administrativo** de funcionario o, simplemente, a no contener en el texto del CP concepto alguno de funcionario a efectos **penales**. Sin embargo, es **significativo** que se haya incluido un concepto penal de esas figuras: la de funcionario público y la de autoridad.

La **figura prototípica** en el ámbito de la Administración pública es la de **funcionario público**, que constituye la figura más usual. El concepto de autoridad es un concepto **más restringido** y **menos frecuente** que el concepto de funcionario. Por regla general, el concepto de funcionario engloba el de autoridad: **no todos los funcionarios son autoridad, pero todas las autoridades son funcionarios a efectos penales**. Vamos a ver ahora ambos conceptos.

Dice así el art. 24 CP:

«1. 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 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.

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

El art. 24.2 CP ofrece un **concepto jurídico-penal de funcionario público**, que no tiene por qué identificarse, y de hecho no lo hace, con el **concepto administrativo** de funcionario. Se trata de una noción **propriadamente penal** que constituye un **concepto funcional**, en tanto que no limita la cualidad de funcionario a los **funcionarios de carrera** sino que amplía tal condición a quien, por el título que sea, **participa en el ejercicio de funciones públicas**.

Según el art. 24.1, no es necesario ser funcionario a efectos administrativos para serlo **a efectos penales**. Basta con que **participe** en el ejercicio de funciones públicas. Por ello, el concepto penal de funcionario es **más amplio** que el concepto administrativo. Algunos autores consideran que el concepto penal es un **concepto desnaturalizado** de funcionario, en el sentido de que para el Derecho Penal puede ser funcionario público alguien que **realmente es** funcionario público pero también **alguien que no lo es** desde el punto de vista administrativo. En todo caso, se trata de un **concepto funcional y normativo creado ad hoc** por el legislador penal, que se aparta de la noción meramente administrativa de funcionario.

Un sector doctrinal ha criticado esta **boutade** del legislador penal (esto es: el afán de ofrecer un concepto propio, apartándose del tradicional, que es el administrativo) y han defendido la **conveniencia** de que el concepto penal **coincida** con el concepto administrativo en aras de la **seguridad jurídica**. Sin embargo el legislador penal consideró preferible formular un **concepto autónomo y propio** de funcionario público, diferente del administrativo:

- Para el **Derecho administrativo** es funcionario público todo aquel que, habiendo superado una prueba objetiva e imparcial, ostenta tal rango, desempeñando una función pública. Se requieren algunos **requisitos**: 1. que exista un **nombramiento legal**; 2. que tenga con la Administración una **relación estatutaria**; 3. que tenga carácter de **estabilidad o permanencia**; 4. que sea **retribuido** (no se trata de una prestación de servicios gratuita).

A este respecto, la **Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público**, distingue los conceptos de **empleado público** y de **funcionario**: el primero es un concepto mayor, que engloba al segundo (que, además, puede ser **funcionario de carrera** o **interino**). Junto a ellos, se añade el **personal laboral** (indefinido o temporal) y el **personal eventual**:

#### **Art. 8: Concepto y clases de empleados públicos.**

- «1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.  
2. Los empleados públicos se clasifican en:  
a. Funcionarios de carrera.

- b. Funcionarios interinos.  
c. Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.  
d. Personal eventual».

#### **Art. 9. Funcionarios de carrera.**

«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».

- El **Derecho penal**, en cambio, considera funcionario a todo aquel sujeto que, por la causa que sea (por disposición legal, por elección o por nombramiento de autoridad competente), participa en el ejercicio de la función pública, tenga o no tenga administrativamente la cualidad de funcionario.

De esta forma, el legislador penal formula un **concepto sui generis** de funcionario público, que constituye un **concepto impropio, extensivo, normativo y desnaturalizado**. Basta con que, de algún modo (directo o indirecto), participe en el desempeño de una función pública para ser considerado funcionario en sentido penal, esto es: para desempeñar el **rol de funcionario público**, con sus correspondientes **derechos y deberes**.

El rol de funcionario es, siempre, un **rol especial**, esto es: un rol que no afecta a todo el mundo (no es de titularidad indiferenciada o general) sino uno que únicamente desempeñan **determinados sujetos** revestidos de una **específica cualidad fundante**, la de ser funcionario público a efectos penales (ex art. 24.2 CP). Como afirmamos líneas atrás, el **rol** -al definir o delimitar una esfera de competencia- constituye el **fundamento**, la **medida** y el **límite** de la responsabilidad penal y administrativa de cada uno. Cada cual será competente para cumplir su rol, y responderá **si lo infringe, en la medida** en que lo infrinja y siempre que infrinja un **deber propio**, nunca uno ajeno.

¿Cuál es el deber fundamental del **funcionario público** (en sentido penal)? Los **deberes especiales** del funcionario son esencialmente dos:

1. **Deber de sujeción** a la Administración pública, y a sus principios y leyes informadores, y
2. **Deber de fidelidad**, lo que en el Derecho romano se llamaba la **fidelitas**, que aludía a la fidelidad, la lealtad y a la sinceridad de la fe convenida entre las partes, esto es: entre la Administración y el **garante de la legalidad** de la misma: el funcionario.



Si el funcionario público **cumple** con sus deberes funcionariales está **afianzando** el ejercicio de la función pública y, al propio tiempo, está **fomentando la confianza** de la población en la Administración pública: contribuye con su comportamiento personal al **mantenimiento** de la estructura administrativa general. Si, por el contrario, infringe su rol, porque infringe alguno de los derechos inherentes al mismo, entonces defrauda una expectativa social, impide el funcionamiento normal de la función pública y se hace acreedor de una sanción penal o administrativa. El funcionario público ocupa, pues, una **posición especial**: él es garante de la Administración pública o -al menos- de la **parcela** de la Administración pública delimitado por su ámbito de competencia personal.

Vayamos ahora con la definición del otro gran concepto en esta materia: el **concepto penal de autoridad**, que constituye otro **protagonista** de la función pública. Previsto en el art. 24.1 CP, define otra figura cuyo contenido semántico **no se identifica** con el de funcionario, de manera que autoridad puede ser **un funcionario** o alguien **que no lo sea**. La descripción legal de esta figura menciona el **punto clave** del concepto de autoridad: «**tener mando**» o «**ejercer jurisdicción propia**»:

- «**Tener mando**» es un concepto jurídico indeterminado, es una norma penal en blanco, es decir, una norma cuyo contenido no se expresa en esta norma, sino que hay que acudir a otra norma donde se especifique qué es eso de tener mando. Tener mando depende, pues, de cada contexto, de cada situación concreta y de cada autoridad determinada: todas las autoridades **tienen mando** (o ejercen jurisdicción) pero cada una tiene un **mando diferente**.
- «**Ejercer jurisdicción propia**» quiere decir que, estando el sujeto vinculado o limitado a los intereses generales y sirviendo dicho sujeto con objetividad esos intereses y actuando con pleno sometimiento a la ley y al Derecho, dispone de una **cierta capacidad de decisión** en la gestión de dichos intereses, en la toma de decisiones y en la determinación de la política administrativa que guía su cometido. Jurisdicción propia presupone, pues, tener un ámbito de **cierta libertad de organización**, que -sin ser contraria a la ley- sí suponga un **abanico de posibilidades** de decisión, dentro de las cuales la autoridad dispone de **arbitrio funcional** para elegir.
- El art. 24.1 CP contiene, además, otras **referencias** a la **autoridad pública** en sentido penal:
  - o La autoridad puede actuar **individualmente** (por sí sólo) o colectivamente (como miembro de una **corporación, tribunal u órgano colegiado**).
  - o Además, el precepto contiene una **presunción iuris et de iure** según la cual considera, en todo caso, autoridad a «los miembros del Congreso de Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento

Europeo», así como a «los funcionarios del Ministerio Fiscal».

- o Esa **enumeración legal** de autoridades es especialmente **problemática y cuestionable**. Después de leerla, nadie discutirá la condición de autoridad a los **diputados** y a los **senadores** (ya sean generales, autonómicos o europeos), y a los **fiscales**. Pero esa prescripción plantea el problema de todas las «**listas cerradas**»: el mencionar en una lista a algunos **sujetos especiales** únicamente tiene sentido si esa lista es **verdaderamente cerrada** (estos son autoridad y nadie más). Pero en cambio la lista **carece de sentido** si es meramente **indicativa**, como es el caso. Y entonces no puede explicarse por qué razón se incluyen tales autoridades, y no se incluyen otras que incluso pueden tener un calado mayor: por ejemplo, un Ministro del Gobierno que no sea parlamentario ni diputado, o un Consejero de una Comunidad Autónoma, un Magistrado del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo.

### VIII. Prevalimiento del carácter público y usurpación de funciones públicas

El CP español, al prever las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, recoge en el **art. 22.7** el **prevalimiento del carácter público**:

«Art. 22: Son circunstancias agravantes: (...)  
7. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable».

Esta circunstancia consiste en **abusar del carácter público** del culpable y denota una **mayor peligrosidad criminal**, de manera que supone un **agravamiento del injusto**, pero no tanto por la gravedad de los medios empleados sino por el **artificio fraudulento** de abusar de la función pública.

Según la doctrina (por todos: MIR PUIG), la circunstancia de prevalerse del **carácter público** que tenga el culpable» exige **tres elementos o requisitos**:

- En primer lugar, la cualidad de **funcionario público** o, al menos, de **empleado público** (sujeto encargado de un servicio público).
- En segundo término, una situación objetiva de **abuso de poderes** o de los **deberes inherentes** a esa condición.
- En tercer lugar, la **finalidad** de utilizar las ventajas del cargo para ejecutar el delito con mayor facilidad o con un riesgo menor.

La doctrina ha limitado también el **ámbito de aplicación** de esta agravante: ella puede aplicarse a **cualquier figura de delito**, menos a los delitos propios de funcionarios públicos (es decir: esencialmente los del Título XIX del Libro II del CP), porque en ellos es **implícito y evidente** el abuso de la función pública, por lo que **no puede apreciarse** en ellos esta agravante adicional (ANTÓN ONECA, RODRÍGUEZ MOURULLO, MIR PUIG, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS).

La Jurisprudencia española ha apreciado en diversas ocasiones el esta agravante, por ejemplo: en casos en los que un sujeto hace valer su **condición de policía** o de **diputado** para intervenir en los hechos. Según el TS dicha agravante encuentra su fundamento en el **abuso de superioridad** en el **plano moral**, utilizado en beneficio particular por el sujeto, de manera que se pone la condición de funcionario público al servicio de su propósito criminal, aprovechándose de las ventajas que el cargo le ofrece para ejecutar el hecho delictivo **con mayor facilidad y menor riesgo**.

Así, la **STS 1890/2001, de 19 octubre** (Ponente: **SÁNCHEZ MELGAR**), considera probado que el sujeto hizo valer su condición de policía para intervenir en los hechos. Dicha Sentencia sostiene que la «citada agravante encuentra su fundamento, como ha destacado esta Sala (Sentencias 984/1995, de 6 octubre y 2 de diciembre de 1997), en el abuso de superioridad en el plano moral, utilizado en beneficio particular por el delincuente y requiere que se ponga el carácter público al servicio de los propósitos criminales. Requiere, en consecuencia, reunir la condición de funcionario público, y poner tal condición al servicio de su propósito criminal, aprovechando las ventajas que el cargo le ofrece para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo (v. SSTS 5-12-1973, 18-10-1982, 30-10-1987 y 25-10-1988, fundamentalmente). La jurisprudencia ha aplicado esta agravante en relación con funcionarios policiales en las Sentencias de 18 de mayo de 1993, 24 de noviembre de 1995 y 14 de febrero de 1998» (F. de D. 8º).

Finalmente, vamos a analizar en este lugar una **excepción** al concepto penal de funcionario público: la **usurpación de funciones públicas**. Esta figura del **usurpador de funciones** es regulada en el CP, pero no en la **Parte general**, sino -tipificada como delito- dentro de la **Parte especial**. La usurpación típica de funciones públicas constituye un delito que, curiosamente, no se regula en el título de los delitos contra la Administración pública, sino dentro de los **delitos de falsedades**. Se regula en el art. 402 CP, que afirma:

«El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial será castigado con la pena de prisión de uno a tres años».

El usurpador de funciones es aquel sujeto que **participa en el ejercicio de funciones públicas** y que por tanto podría ser incluido en el concepto de funcionario del art. 24.2 CP. Sin embargo, no es funcionario, ni siquiera a efectos penales, precisamente porque participa en el ejercicio de esas funciones públicas **sin un título válido y habilitante** de incorporación, de manera **fraudulenta**. Se trata, pues, de un sujeto que, de **manera ilegítima, se hace pasar** por funcionario público. A pesar de tratarse de un delito que afecta directísimamente a la Administración pública, no se regula dentro de los delitos contra la Administración pública, sino dentro de los delitos de falsificación, junto al delito de **intrusismo**, que castiga al sujeto que ejerce una profesión sin tener título habilitante para ello. Desde este punto de vista, el **usurpador** es un **intruso** de la función pública.

En suma, la figura del usurpador de funciones públicas constituye propiamente una **excepción** a la extensión del concepto de funcionario a efectos penales a todo aquel que participe en el ejercicio de funciones públicas: en efecto, todo el que lo haga lo es, **excepto el usurpador**, pues lo hace ilegítimamente, **arrogándose** una función que no le corresponde.

#### IX. Delitos funcionariales como delitos especiales: la problemática de la participación de un extraneus en un delito especial

Una clasificación básica divide los roles en **comunes** y **especiales**. La diferencia entre ellos estriba en la **titularidad** y en el **alcance** del mismo:

- El **rol común** es de **titularidad general**, que obliga por tanto a todos los ciudadanos: todo el mundo está obligado por el rol común; se trata, pues, de un rol de **solidaridad mínima**, que da lugar a una **responsabilidad reducida**.

**Por ejemplo:** el deber de «**no dañar a nadie**» (en latín: *neminem laedere*, llamado por eso **deber negativo**) obliga a todos los ciudadanos; es un deber común, vinculado con el **rol de ciudadano**, que es -en consecuencia- un rol común o de mínima solidaridad.

- Por su parte, el **rol especial** no afecta a todos los ciudadanos, sino sólo a **determinados sujetos**: a aquellos que reúnen características muy específicas o concretas. Su infracción origina una **responsabilidad de superior entidad** que la del rol común.

**Por ejemplo:** los padres respecto de los hijos, o los funcionarios respecto de (un ámbito de) la Administración pública.

El **rol de funcionario** es, en consecuencia, un **rol especial**, pues los funcionarios están obligados por deberes que no afectan a todo el mundo sino solo a ellos (**deberes especiales**). Se trata en este caso de deberes de **máxima solidaridad**, en tanto exigen un **plus de obligación**. También se les llama **deberes de garante**, pues el obligado especial se convierte por su especial deber en garante del ámbito que es de su **especial incumbencia**.

En la doctrina alemana, y -a través de ella- también en España y en los países de nuestro entorno cultural, se utiliza también una **doble terminología**: se habla allí de **delito especial** (*Sonderdelikt*; «especial» por la especialidad del sujeto) y también de **delito de deber** o **delito consistente en la infracción de deber** (*Pflichtdelikt*). Ésta última terminología, procedente de **ROXIN**, ha encontrado una amplia difusión en el ámbito comparado, y sin embargo es imprecisa y aun errónea: propiamente **todos los delitos** consisten en la infracción de un deber (ya sea común, ya especial). Con esa terminología, se quiere empero aludir sólo a los delitos que infringen **deberes especiales**, por lo que es preferible emplear esta terminología (**delito especial**) o la ya clásica de **delito de garante** para referirnos a aquellos figuras de delito cuyo **sujeto activo** ocupa un

**estatus especial** que le sitúa en una posición especial, distinta a la del resto de ciudadanos. Ese estatus especial se traduce en una **responsabilidad especial, superior** a la del resto a la que origina la infracción de un deber común.

Pues bien, los delitos funcionariales son **delitos especiales** por la **especialidad del sujeto**, esto es: porque el sujeto activo tiene la característica o condición de ser funcionario público, que es garante de la Administración pública (o del segmento de ella cuyo control o gestión se le tenga encomendado). Dentro de los delitos especiales (y, por tanto, dentro de los delitos funcionariales) se puede distinguir entre **delitos especiales propios** y **delitos especiales impropios**:

- El **delito especial propio** es aquel cuyo sujeto activo es funcionario en **sentido estricto**, es decir, funcionario en sentido administrativo.
- El **delito especial impropio** es aquel cuyo sujeto activo **no ostenta** la cualidad de funcionario público en sentido administrativo pero que **participa en el ejercicio** de funciones públicas, y -por ello- es funcionario a **afectos penales**. Se trata de un concepto **extensivo** de funcionario. A esta categoría o concepto de funcionario público **lato sensu** se le vincula la figura llamada **asimilado al funcionario público**, que son aquellos sujetos que, desde el punto de vista material, no se distinguen del funcionario público, pero formalmente no tiene la cualidad, nombramiento o estatus de funcionario público.

Los delitos funcionariales son, en su mayoría, delitos que son cometidos por **funcionarios públicos** y, por ello, son **delitos especiales**. Existen, sin embargo, algunos supuestos que (también) pueden ser cometidos por un **particular**. Ya los veremos, más adelante, cuando analicemos los delitos funcionariales en particular. Pero la problemática más interesante que se plantea aquí es la **participación de sujetos extraños** a la función pública, pero que participan, de algún modo, **con un funcionario** en la comisión de **un delito especial**. En este caso, al funcionario se le llama **inraneus** y al sujeto ajeno a la función pública se le llama **extraneus**. La pregunta, entonces, reza como sigue: ¿Se imputa a un **extraneus** que participa con un **inraneus** en un delito especial responsabilidad por ese delito especial, no obstante no reunir las condiciones para ser sujeto activo del delito (en concreto: el requisito de ser funcionario público)?

- En algunos casos, la cuestión la resuelve la **propia ley**.

**Por ejemplo:** en el **delito de cohecho** lo mismo responde el **funcionario de carrera** que pide un dinero para emitir una licencia administrativa que el **particular** que lo ofrece con el mismo fin.

En estos casos, un sujeto por completo ajeno a la función pública (como es el particular) responde por el mismo **delito (especial)** que el funcionario: en el caso de éste, sería un **delito especial propio** y en el caso del particular un **delito especial impropio**, lo cual a efectos penales es indiferente: la pena **es la misma**.

- Pero en otros casos la solución es **más problemática**: se incluyen aquí los casos de intervención de **persona interpuesta**, esto es: el **extraneus** que actúa como **intermediario** en un delito en el ámbito de la Administración pública o el **inraneus** que se vale de alguien ajeno a la Administración para cometer un delito. ¿Se le **imputa** responsabilidad penal al **extraneus** en un delito especial? Son dos grupos de **casos problemáticos**:

- o **Utilización de un extraneus por parte de un inraneus:**

**Por ejemplo:** A, funcionario público, quiere conseguir de C, también funcionario público, una licencia administrativa. Por ello, solicita a B, empresario particular, que le entregue a C una determinada cantidad de dinero por gestionarle tal licencia administrativa.

En este caso, la persona interpuesta por el funcionario, a pesar de no ser funcionario público y a pesar de no participar propiamente en el ejercicio de funciones públicas, **responde como si lo fuera**, de manera que tiene responsabilidad penal por el delito especial, a pesar de **no ser obligado especial**. En concreto responde con la figura de **cooperador necesario**, siempre que se demuestre que su **cooperación es necesaria**. Esta figura es una forma de autoría, regulada en el art. 28 b CP, y que resulta **equiparada** al de autor (el cooperador necesario es tan autor como el autor directo). El **extraneus** que participa en un delito funcional responde, pues, también como autor, concretamente como cooperador necesario

Con anterioridad al CP de 1995, existía una figura llamada **cooperación ejecutiva**. El **extraneus** podía responder también por esta figura, si realizaba algún **acto ejecutivo** del delito. Esta figura ha desaparecido del Código, así que ahora el **extraneus** puede responder, en su caso, como **cooperador necesario**. La diferencia entre ellas es que la cooperación necesaria no es ejecutiva y es más amplia que la cooperación ejecutiva.

**Intermediario del beneficio** es aquella persona que después de haber sido cometido el delito funcional, recoge la dádiva previamente solicitada y acordada. En este caso, el sujeto también **responde penalmente**, aunque no por un **delito funcional stricto sensu**, sino por un delito contra la Administración de Justicia como es el **encubrimiento**: el intermediario es encubridor, y autor del delito anterior, pues ya se ha cometido.

- o **Utilización de un inraneus por parte de un extraneus:**

**Por ejemplo:** B, empresario particular, induce mediante soborno a A, funcionario público, a cometer una prevaricación administrativa.

En este caso, el **extraneus**, aún no teniendo la condición de funcionario, **responde también penalmente** por un delito funcional; concretamente responde como autor de un delito de **cohecho activo**, y responde también como **inductor** del delito inducido (v.gr. **prevaricación**).