

El injusto del funcionario

1. En el último tercio del siglo XIX y comienzos del XX, como respecto de casi todas las instituciones fundamentales del Derecho penal, se discutió intensamente en la doctrina alemana sobre la naturaleza del castigo a los funcionarios públicos. Desde luego se conocía desde tiempos remotos el castigo penal a aquellos funcionarios que cometían delitos en el ejercicio de sus funciones abusando de su poder. Estos delitos ya se denominaban –y se denominan– genéricamente «*Amtsverbrechen*» (literalmente: delitos del cargo, delitos de función pública) y han derivado en la actualidad en *un* grupo de delitos que conocemos en español como «delitos (comunes) cometidos por funcionarios públicos». Como puede intuirse, la referida discusión cobró vida a partir de manifestaciones ulteriores que poco a poco iban emergiendo en la nueva legislación y en la doctrina científica que comenzaba a sistematizar la Parte Especial¹. Así, fundamentalmente a propósito de dos nuevos grupos de infracciones: las infracciones o delitos disciplinarios y una clase particular de *Amtsverbrechen*.

2. Por un lado, las «infracciones disciplinarias» irrumpieron con fuerza en el Estado prusiano. Una parte de la doctrina creyó que estas formaban una unidad cualitativa con los clásicos delitos cometidos por funcionarios, siendo la distinción entre las dos clases de infracciones de carácter meramente cuantitativo. Para otros, en cambio, esto significaba desconocer la naturaleza autónoma, *sui generis*, de las infracciones disciplinarias. Esa naturaleza propia tenía –y tiene– su razón de ser en la peculiar relación jurídica entre el funcionario y el Estado, que obliga al funcionario a someterse en todo momento al poder y a las pretensiones jurídicamente legítimas del Estado. El quebrantamiento de esta relación interna de poder es la esencia de la infracción disciplinaria.

¹ Cfr. las extensas consideraciones de HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt*, t. 2, v. 2, 1887, pp. 1014 ss.

Ciertamente, hacia finales del s. XIX y comienzos del s. XX apenas existían infracciones estrictamente disciplinarias castigadas con pena en el Código penal alemán². De hecho, buena parte de la discusión transcurrió en torno a si la sanción prevista para esta clase de conductas tenía o debía tener naturaleza penal. Sin embargo, en aquel momento existían razones para negar el carácter penal de estas sanciones, fundamentalmente porque no era frecuente que el Derecho penal ejerciera de mero refuerzo sancionatorio, de manera que su sentido viniera a ser el mantenimiento de la funcionalidad institucionalmente debida de los servidores públicos o, como suele expresarse en términos más modernos: la protección del ordenado desempeño de las funciones públicas. Por ello, otro sector abogaba por su naturaleza de medida preventiva, pedagógica o correctiva (*Massregel*).

A día de hoy el StGB sigue siendo mucho más reacio que el Código penal español a la hora de incorporar infracciones que simplemente contravienen el funcionamiento conforme al orden del cuerpo funcional (compárense las figuras delictivas referidas a funcionarios de la Sección Treinta –§§ 331 a 358– y de los Títulos XIX a XXI –arts. 404 a 543– del StGB y del Código penal español, respectivamente). No puede, pues, negarse que algunas legislaciones penales han evolucionado incorporando al Derecho penal infracciones (manteniéndose también otra parte en el Derecho administrativo) que en otros momentos o lugares se concibieron o se conciben como estrictamente disciplinarias. Esto es, se entiende hoy que ciertas «irregularidades» en el desempeño de las funciones públicas por su gravedad o importancia alcanzan *de lege lata* el umbral de relevancia penal³.

3. En segundo lugar, entre los «delitos disciplinarios» y los «delitos (comunes) cometidos *por* funcionario público» pronto emergió una categoría científica intermedia, que se difundió con el nombre de «echte Amtsverbrechen» (delitos del cargo o de función pública *propios, genuinos*, por oposición a los tradicionales, que pasarían a ser *improperios*)⁴. Lo que caracterizaría a los «delitos *de* funcionarios» no sería la condición de funcionario del sujeto activo, ni tampoco el abuso de su poder fáctico en la comisión de delitos. Obviamente, tampoco la mera infracción de deberes disciplinarios, pese a que pueden concurrir y generalmente lo harán. El delito *de* funcionario es, más bien, un ejercicio desviado de *facultades especiales estatales*. Su esencia reside en una actuación del Estado ilícita por mano de sus propios órganos traicionando la confianza especialmente depositada en ellos. Como obviamente el Estado no delinque, es el funcionario quien lo coacciona a soportar que su propio poder se use para delinquir y lo obliga a aparecer ante terceros como autor de una violación del Derecho. En este sentido, al materializarse el acto ilícito formalmente como acto estatal, el delito *de* funcionario constituye un delito contra el Estado cometido desde dentro, esto es, una deslealtad de quien tiene atribuida competencia para obrar en nombre de la generalidad.

² En cuanto a los funcionarios públicos, considérese la interesante discusión que se produjo con la introducción en 1876 del denominado «parágrafo von Arnim» aún hoy presente en el § 353a StGB [al respecto, HEINRICH, «Bismarcks Zorn – Inhalt und Bedeutung eines „vergessenen“ Tatbestandes», *ZStW*, (110), 1998, pp. 327 ss.]. El caso de los militares era, obviamente, distinto.

³ Cuestión distinta es que incluso frente a estas infracciones (o algunas de ellas) que se estiman más graves se considere que el recurso al Derecho penal no está realmente justificado, por carecer materialmente de merecimiento y necesidad de pena, estimándose de *lege ferenda* preferible su reconducción al ámbito administrativo.

⁴ Fundamental en este desarrollo, BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. II, v. 2, 1905, pp. 402 ss. Las consideraciones que siguen toman como punto de partida su planteamiento.

Naturalmente esto no es lo que sucede cuando el funcionario se arroga una competencia que no tiene, abusando fácticamente de su cargo, no en ejercicio del mismo. Aquí el Estado no actúa ilícitamente, sino solo su órgano en falso ejercicio de funciones públicas. El Estado en modo alguno queda desacreditado, pues no se ha aplicado su poder. Al obrar fuera de su perímetro competencial, el funcionario comete un delito común cualificado. En cambio, el injusto del funcionario en sentido propio se configura cuando en la concreción de potestades públicas se desvía el poder jurídico que el ordenamiento le confía abandonando el mandato de generalidad (servicio e interés público, objetividad, imparcialidad, *bonum commune*). Al abusar de la competencia estatal, pervierte la autoridad delegada contra el propio Estado⁵.

4. Como puede observarse, la discusión sobre el injusto del funcionario nació, como no podía ser de otro modo, a partir de consideraciones materiales. Sin embargo, como es sabido, su evolución posterior ha estado marcada fundamentalmente por consideraciones de carácter sobre todo formal (delitos con o sin correspondencia con un delito común; delitos de infracción de un deber). Solo en tiempos recientes se han vuelto a plantear cuestiones en torno a la singular naturaleza de su injusto. Uno de los acicates para ello ha sido el tratamiento del *extraneus* en estos delitos⁶, pues cuanto “menos común” sea un delito, más difícil parece ser la fundamentación de la responsabilidad de aquel que no resulta alcanzado por el deber especial (público)⁷. En particular, no hay dudas de que es perfectamente posible esa responsabilidad del *extraneus* en los «delitos cometidos *por* funcionario público» y tampoco debería haber dudas, ahora en sentido contrario, en aquellos delitos que tengan una naturaleza exclusivamente disciplinaria. El campo que queda admite –y sigue requiriendo– discusión. Si se entiende, como parece más que razonable según lo dicho (recuérdese que no nos referimos ahora a los delitos generales agravados por la condición de funcionario público), que el injusto *del* funcionario se caracteriza por un elemento de deslealtad material (¡por eso el *extraneus* no puede ser «autor»!), entonces el debate se traslada a la esencia misma de la participación: si el castigo de esta se basa en el mero favorecimiento o determinación de un *hecho ajeno* o bien si *también* el partícipe tiene que estar abarcado por aquella relación de lealtad especial. Desde luego el Estado debe protegerse adicionalmente frente a *extranei* que favorezcan que un funcionario público le haga actuar ilícitamente, pero no podrá decirse que a aquellos se les castiga por haber traicionado las prerrogativas que les concedió. Por eso cabe afirmar su merecimiento de pena, pero desde otros puntos de vista.

Ricardo Robles Planas

⁵ *Nota bene*: también pertenecen a los actos fuera de la competencia aquellos que, aunque parezcan estar dentro de ella, en realidad no lo están, porque se realizan de un modo que rebasa los límites esenciales de la competencia. A la inversa, hay actos que aunque violen formas o requisitos legales no destruyen la competencia.

⁶ Cfr. el completo panorama de SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte General*, 2025, 17/3 ss. y 17/40 ss.

⁷ Recientemente, LEIVA LÓPEZ, *La participación de extranei en delitos especiales*, 2025.