

## Els delictes de funcionaris i la política criminal de la «societat del risc»

SERGI CARDENAL MONTRAVETA

Universitat de Barcelona

59

### 1. ELS «DELICTES DE FUNCIONARIS» I EL FENOMEN DE L'EXPANSIÓ DEL DRET PENAL

#### 1.1 Societat del risc i expansió del dret penal

En els últims temps, la doctrina penal ha fet referència al fenomen de l'expansió del dret penal, que es caracteritzaria per un augment del nombre de delictes i de la gravetat de les seves penes, com també per una flexibilització dels criteris d'imputació, dels principis politicriminals que limiten el recurs legítim al dret penal, i de les garanties processals. Aquest procés d'expansió es vincula, entre d'altres fenòmens, a les transformacions socials i tecnològiques que comporta l'actual «societat del risc» (en la literatura espanyola, *vid.*, per exemple, Silva Sánchez 2001; Mendoza Buergo 2001; Corcoy Bidasolo 1999; Gracia Martín 2002, p. 349 i seg.; Martínez-Buján Pérez 2002, p. 395 i seg.; González Cussac 1996, l.1.2).

Per bé que sembla que hi ha un acord en les afirmacions anteriors, no es pot dir el mateix sobre la valoració d'un procés expansiu com aquest. Mentre que alguns el critiquen i proposen excloure de l'àmbit del dret penal les figures delictives que no s'ajusten al model (ideal) del dret penal liberal, d'altres es pronuncien a favor de limitar l'esmentada flexibilització a l'àmbit de les conductes delictives no castigades amb la pena de presó. Al mateix temps, un altre sector doctrinal entén que —deixant de banda la crítica que mereixin determinats excessos— l'esmentat procés expansiu és una conseqüència natural dels canvis que han experimentat les societats postindustrials i de l'opció per un Estat *social* i democràtic de dret.

#### 1.2 Els «delictes de funcionaris» i l'expansió del dret penal

En relació amb els «delictes de funcionaris», el primer que crida l'atenció és l'escassa consideració que es dóna a la discussió sobre la política criminal i les

transformacions que hi ha en aquest àmbit. Tan sols ocasionalment es menciona la qüestió de la corrupció.<sup>1</sup>

Com ha remarcat Asúa Batarrita, en aquest àmbit «únicament des d'una comprensió del caràcter servicial dels poders públics, començant pel poder polític, des de la seva obligada orientació vers la satisfacció dels interessos generals dels ciutadans —detentors de la sobirania— i de la garantia dels seus drets, és possible una reacció congruent i eficaç» (Asúa Batarrita 1997, p. 16).<sup>2</sup> Doncs bé, la consideració dels delictes de funcionaris des del punt de vista de la política criminal ha de partir del fet que aquesta comprensió dels poders públics és, precisament, un dels aspectes que caracteritza les societats postindustrials en les quals es produeix el fenomen de l'expansió del dret penal (sobre aquest tema, *vid.* Silva Sánchez, 2001, p. 42 i seg.).

No obstant això, el que fa més evident l'oblit dels «delictes de funcionaris» en la discussió politicocriminal actual és el fet que, quant a la configuració del bé jurídic i, en general, quant al principi de lesivitat, aquestes conductes presenten una problemàtica similar a la que susciten aquelles que s'han anat introduint en els últims temps i que es vinculen al dret penal «modern» de la «societat del risc». Així mateix, es pot afirmar l'existència d'una problemàtica similar pel que fa als criteris d'imputació d'autoria, com també respecte a la imputació de comissió per omissió.

És cert, però, que per la seva llarga tradició històrica en les diverses legislacions<sup>3</sup> i per les penes que hi tenen previstes, els delictes de funcionaris presenten uns trets específics. I potser sigui aquesta la raó de la referida absència, tot i que —si es vol malpensar— també es podria entendre que són precisament les seves similituds amb els delictes amb relació als quals es critica l'expansió del dret penal allò que explica que no s'esmentin aquí els delictes de funcionaris.<sup>4</sup>

---

1. Sobre la importància de la «lluita contra la corrupció» en la política criminal dels darrers anys, *vid.*, per exemple, Asúa Batarrita (1997, p. 13 i seg.). Aquesta autora destaca que la corrupció no és un fenomen característic del nostre temps i desconegut en altres èpoques. Allò que varia en funció del moment històric i cultural és la forma de reaccionar davant d'aquest fenomen, i la major o menor eficàcia de la fermesa. Així mateix, destaca la conveniència d'entendre la corrupció de forma àmplia, incloent-hi tota actuació que alteri greument el compliment de les finalitats i la vigència del sistema de garanties que legitimen i delimiten les funcions de l'Administració.

Vinculant la corrupció política i de funcionaris amb el fenomen de la globalització, *vid.*, per exemple, Gracia Martín (2002, p. 371).

2. A continuació, aquesta autora afirma que la demanda del control adequat per part de la ciutadania constitueix un símptoma de salut democràtica i que és, precisament, la seva fortalesa el que permet la persecució de la corrupció en tots els nivells on es produeixi, quelcom impossible en un sistema autocràtic o de privilegis.

3. No obstant això, en les últimes dècades s'han incorporat a l'àmbit dels delictes contra l'Administració pública noves figures delictives, per exemple el tràfic d'influències l'any 1991 i la corrupció en les transaccions comercials internacionals que es va introduir per LO 3/2000, d'11 de gener.

4. Alguns autors han remarcat els seus dubtes sobre el rerefons de la doctrina que s'oposa a la protecció de béns jurídics supraindividuals a través del dret penal i, en general, a la seva modernització; *vid.*, per exemple, Corcoy Bidasolo (1999, p. 26-27, 185 i seg.); Martínez-Buján Pérez (2002, p. 430-431). Gracia Martín sembla tenir-ho més clar, *vid.* Gracia Martín (2002, p. 387 i seg.).

## 2. EL PRINCIPI DE LESIVITAT EN EL DRET PENAL «MODERN» DE LA «SOCIETAT DEL RISC» I EN ELS DELICTES CONTRA L'ADMINISTRACIÓ

### 2.1 La doctrina del bé jurídic en el marc de la discussió sobre l'expansió del dret penal

Com és ben sabut, un dels principis bàsics del dret penal liberal consisteix a vincular la legitimitat de la seva intervenció amb la protecció fragmentària i subsidiària de béns jurídics. Si prenem aquesta premissa com a vàlida, els autors crítics amb l'expansió actual del dret penal han qüestionat la seva vigència en relació amb certes figures delictives introduïdes en les darreres reformes. Així mateix, han qüestionat l'oportunitat que aquest sector de l'ordenament jurídic es posi al servei de la protecció de béns jurídics col·lectius que no tenen una estreta relació amb d'altres de naturalesa personal individual i que —segons diuen— són especialment difícils de delimitar (*vid.*, per exemple, Gracia Martín 2002, p. 283-385; Mendoza Buergo 2001, p. 68 i seg., tots dos contenen ulteriors referències). En aquest sentit, com indica Corcoy Bidasolo, una de les objeccions a la protecció de béns jurídics supraindividuals és la ruptura dels principis bàsics del dret penal que suposa castigar una conducta sense verificar l'existència de perill, incriminant la simple desobediència (Corcoy Bidasolo 1999, p. 183).

### 2.2 La discussió sobre el bé jurídic protegit en els delictes contra l'Administració

La discussió sobre el bé jurídic protegit en els delictes contra l'Administració i l'evolució que s'ha experimentat en aquest àmbit mostren la possibilitat de delimitar amb la precisió suficient els béns jurídics col·lectius i de superar la comprensió purament formal d'aquestes i d'altres infraccions. Per aquest motiu és convenient recordar aquí les línies generals d'aquesta discussió.

En relació amb els delictes descrits en el títol XIX del Codi penal, la primera qüestió que cal plantejar-se és si tots els preceptes que el componen protegeixen un mateix bé jurídic.<sup>5</sup> Com he assenyalat en un altre moment, aquesta qüestió es pot respondre de manera afirmativa si es considera que el bé jurídic protegit és el funcionament correcte de l'Administració pública —o, si es prefereix, dels poders públics— com a institució de caràcter instrumental al servei dels ciutadans i l'actuació de la qual s'ha d'ajustar als criteris establerts amb caràcter general en el text constitucional i, més concretament, en els articles 9 i 103.<sup>6</sup> Tanmateix, cal

5. Sobre aquesta qüestió, *vid.* Valeije Álvarez (1995b, p. 297 i seg.); la mateixa autora (1995a, p. 26 i seg.); Olaizola Nogales (1999, p. 79 i seg.), amb referències sobre les diverses posicions doctrinals.

Entre els autors que consideren que sí que existeix un bé jurídic comú, Olaizola distingeix entre els que l'identifiquen amb el compliment del deure del càrrec i els que entenen que és la funció pública, que vinculen amb la pròpia Administració i el seu prestigi, o amb l'activitat prestacional que desenvolupa de conformitat amb allò establert a l'art. 103.1 CE.

6. *Vid.* Cardenal Montraveta (2002, p. 302 i seg.), com també la clara i convincent exposició de la

concretar aquest bé jurídic en relació amb els diversos delictes descrits en el títol XIX del CP, atesos els aspectes del funcionament de l'Administració pública que es poden veure afectats per les conductes que aquí es descriuen i la singularitat de l'afectació del bé jurídic que aquestes conductes impliquen.<sup>7</sup> En qualsevol cas, el que ens interessa destacar aquí és el fet que la concepció instrumental de l'Administració al servei dels interessos dels ciutadans està directament relacionada amb un model d'Estat: l'Estat *social i democràtic* de dret (en aquest sentit, *vid.*, per exemple, Asúa Batarrita 1997, p. 18).

En relació amb l'aspecte comú del bé jurídic de tots els delictes contra l'Administració pública, i per tal de conèixer els trets generals de la discussió actual, crec que és interessant partir de la controvèrsia generada referent al delicte de suborn de funcionari.<sup>8</sup> Sobre aquest tema, si més no aparentment, existeixen en la doctrina diverses opinions relatives a quin és el bé o béns jurídics protegits en aquest delicte. En aquest sentit, la qüestió es planteja a partir de l'existència d'una discrepància d'opinions (vegeu, per exemple, Valeije Álvarez 1995, p. 26 i seg.; Olaizola Nogales 1999, p. 89 i seg.; Rodríguez Puerta 1999, p. 41 i seg.; Rudolphi 1997, § 331 notes marginals 3-4; Cramer 2001, § 331 notes marginals 1e-5).

Les principals propostes serien, doncs, les que consideren que aquest bé jurídic és el principi d'imparcialitat, la confiança de la societat en el correcte funcionament de l'Administració,<sup>9</sup> la no-comerciabilitat de l'actuació administra-

---

qüestió que realitza Asúa Batarrita (1997, p. 18 i seg.). En la mateixa direcció, i seguint la postura majoritària en la doctrina, Olaizola Nogales ha assenyalat (1999, p. 85) que «l'Administració pública no és un bé jurídic estrictament formal que mantingui una relació desvinculada dels ciutadans, sinó al contrari, en afirmar que es protegeix la funció pública s'està indicant que es protegeix el servei correcte que els poders públics han de donar als ciutadans d'acord amb els criteris constitucionalment previstos». I més endavant afegeix (*op. cit.*, p. 87-88) que, no obstant això, «és normal i necessari que, per tal que existeixi delicte, es produeixi la infracció d'un deure funcionarial, ja que la infracció del deure s'exigeix en virtut "del servei" que integra el bé jurídic protegit. [...] És a dir, la tradicional apel·lació al "deure de lleialtat" ha d'interpretar-se com la submissió del funcionari a la llei i al dret en el marc del compliment d'objectius d'interès general [...]. Els titulars d'aquest bé jurídic són per tant els ciutadans, les expectatives legítimes dels quals davant de l'Administració són les que es veuen perjudicades en alterar-se la funció que aquesta ha de complir en el sistema d'organització social». *Vid.* també Valeije Álvarez (1995a, p. 27 i seg.); Rodríguez Puerta (1999, p. 44 i seg.).

7. En aquest sentit, *vid.*, per exemple, Asúa Batarrita (1997, p. 22); C. Mir Puig (2000, p. 19-20); Olaizola Nogales (1999, p. 88-89).

A Alemanya, la doctrina també considera que els delictes de funcionaris protegeixen un mateix bé jurídic i, per tant, tenen un contingut d'injust comú. I també considera que això no impedeix entendre que els esmentats delictes també protegeixen d'altres béns jurídics. *Vid.*, per exemple, Rudolphi (1997), notes marginals 6 i 7 abans del § 331; Cramer (2001), n. m. 1 abans del § 331.

8. Com ja hem indicat, aquest seria el delicte al qual s'atorga més transcendència en el context de la discussió sobre l'expansió del dret penal.

9. En aquest sentit, en la doctrina espanyola *vid.* Córdoba Roda (1983, p. 176), que considera que allò que es pretén preservar en última instància és el prestigi social de l'Administració pública; Bacigalupo Zapater (1983, p. 1100); Muñoz Conde (2001, p. 957), que considera que el bé jurídic protegit en el suborn de funcionari actiu i passiu és el mateix, però vist des d'una doble perspectiva: el trencament del deure i de la confiança en el funcionari (suborn de funcionari passiu), el respecte que s'ha de tenir vers el normal i correcte funcionament dels òrgans estatals (suborn de funcionari actiu). En la doctrina alemanya *vid.*, per exemple, Cramer (2001), § 331 n. m. 3; aquest autor considera que el nucli de l'injust del suborn de funcionari és el perill general per a l'aparell estatal derivat de la relació prohibida entre el subornador i el subornat. Amb l'acceptació de regals per l'actuació administrativa es commou la reputació de l'aparell

tiva<sup>10</sup> i, finalment, l'Administració com a institució o, més concretament, les condicions externes i internes del seu correcte funcionament.

En el sentit d'aquesta última posició, Olaizola (1999, p. 99 i seg., 101-102)<sup>11</sup> parteix del fet que el bé jurídic que es protegeix amb el delicte de suborn de funcionari és el correcte funcionament de l'Administració pública com a institució funcional valuosa de caràcter instrumental, que posseeix una dimensió interna relacionada amb la satisfacció dels interessos públics als quals ha de servir l'actuació del funcionari i amb la influència que la conducta de cada un dels funcionaris exerceix en l'actuació de la resta, així com una altra dimensió externa relacionada amb la confiança de la societat en una actuació de l'Administració imparcial i ajustada a les pautes que estableix l'ordenament jurídic, de manera que serveix així d'institució medidora que garanteix les condicions bàsiques de la convivència social.<sup>12</sup>

Entre els autors que consideren que el bé jurídic protegit en el suborn de funcionari és el principi d'imparcialitat, destaca la posició de Valeije (1995a, p. 28 i seg., especialment p. 30 i seg.).<sup>13</sup> Aquesta autora vincula la imparcialitat amb els criteris als quals el text constitucional sotmet l'actuació administrativa i, concretament, amb la seva objectivitat o indiferència davant la pressió de determinats grups o dels interessos privats del funcionari, i amb la distribució equitativa de la utilitat o el sacrifici derivats de l'acció administrativa, és a dir, com a bé jurídic medial per aconseguir la protecció de la igualtat. En definitiva, la imparcialitat es concep com un límit extern al bon funcionament de l'Administració, que opera «garantint que el principi d'eficàcia que ha de presidir l'actuació administrativa no derivi en arbitrarietat ni creï greus desigualtats de tractament entre els subjectes

---

estatal perquè afecta la confiança de la col·lectivitat en la correcció de les decisions estatals. *Vid.* també Jescheck (1997), n. m. 17 abans del § 331, el qual afirma que el bé jurídic dels tipus de suborn de funcionari és la confiança general en la no-comerciabilitat de l'actuació dels funcionaris i la correcció de les seves decisions.

Algunes sentències també vinculen el delicte de suborn de funcionari amb la garantia del prestigi de la funció i dels funcionaris (així, entre d'altres, les STS 6-11-1996, 5-2-1996 i STSJ d'Andalusia 2-6-2000), amb la credibilitat democràtica del sistema administratiu de l'Estat i la fe dels ciutadans en les institucions de l'Estat democràtic i de dret (així, per exemple, la STS 16-12-1998), o amb la confiança pública que els funcionaris exerceixen les seves funcions sotmesos a l'imperi de la llei (així, per exemple, la STS 16-3-1998).

10. Críticament en relació amb aquesta opinió *vid.*, per exemple, Olaizola Nogales (1999, p. 97-98); Cramer (2001, § 331 n. m. 2); Rudolphi (1997, § 331 n. m. 2).

11. Una posició similar manté, per exemple, Rudolphi (1997), abans del § 331 n. m. 7, § 331 n. m. 4 i 5.

12. Segons Olaizola (1999, p. 108), si s'adopta aquesta concepció del bé jurídic és criticable la modalitat de suborn de funcionari prevista en l'art. 426 del CP, relativa a l'admissió per part del funcionari d'un obsequi o regal «en consideració a la seva funció», ja que en aquests supòsits difícilment pot acreditar-se una afectació greu de les condicions bàsiques de funcionament de l'Administració pública.

13. Tot i que consideren necessari fer algunes matisacions en relació amb l'activitat del poder legislatiu, mantenen una posició similar Morales Prats, Rodríguez Puerta (1999, p. 1225-1226); Rodríguez Puerta (1999, p. 78 i seg.). *Vid.* també Orts Berenguer (1999, p. 759), que considera que el bé jurídic són els serveis que els poders públics estan obligats a donar als ciutadans, d'acord amb els principis proclamats en la Constitució, particularment el d'objectivitat o imparcialitat; Orts Berenguer, Valeije Álvarez (1996, p. 1809-1811); Morillas Cueva (2000, p. 807-808); Feijoo Sánchez (1997, p. 1125); Serrano Gómez (2001, p. 770).

administrats [...] [L]a tutela de la imparcialitat en l'exercici de la funció pública se'n presenta com un bé jurídic medial per aconseguir la tutela d'un dret fonamental com la igualtat de tots els ciutadans en l'obtenció de prestacions públiques o, dit d'una altra manera, la tutela de la corresponent obligació per part de l'Administració que les seves actuacions satisfacin de manera general els interessos de tots els ciutadans» (Valeije Álvarez 1995a, p. 31). Totes les modalitats del delictes de suborn de funcionari «responen a la protecció del principi d'imparcialitat de l'actuació administrativa com a mitjà per aconseguir una satisfacció igual i objectiva dels interessos generals» (Valeije Álvarez 1995a, p. 33).

En un sentit similar, la jurisprudència ha assenyalat que el bé jurídic protegit en el delictes de suborn de funcionari és «la probitat del funcionari públic que permet a l'Administració garantir una prestació adient, objectiva i no discriminatòria dels serveis públics».<sup>14</sup>

Es podria pensar que l'originalitat de la tesi que sosté que el bé jurídic protegit en el suborn de funcionari és la confiança de la societat en el correcte funcionament dels poders públics radica en el punt de vista que adopta. Així, es posa en relleu que el significat valoratiu del correcte funcionament de l'Administració no es redueix al contingut concret de les seves prestacions, sinó que s'estén a la vigència i al manteniment dels pressupòsits de la seva mateixa existència: la confiança de la ciutadania. Aquesta tesi pot legitimar la previsió legal del delictes de suborn de funcionari si l'objecte de la confiança social no s'identifica únicament amb l'autoritat estatal i es reconeix el caràcter instrumental dels poders públics (*cf.* Cramer 2001, § 331 n. m. 3; Jescheck 1997, n. m. 17 abans del § 331; Rudolphi 1997, § 331 n. m. 3). A més, pot servir per considerar atípiques les conductes la realització de les quals no sembla idònia per a posar en perill la confiança de la ciutadania en l'Administració pública, ni tan sols en el cas que es generalitzés la comissió d'aquestes conductes. A través de la referència a un dels seus pressupòsits, aquesta tesi remet correctament al mateix significat de l'Administració com a institució amb una existència que respon a unes necessitats específiques i que té també una legitimació específica en el context de l'organització de la vida social. I és que l'actuació dels funcionaris té un significat especial pel fet que precisament correspon de manera més específica als poders públics la funció de vetllar pel desenvolupament correcte de la convivència social.

Com he indicat en un altre lloc (Cardenal Montraveta 2002, p. 307-308), entenc que la identificació del bé jurídic protegit en el delictes de suborn de funcionari i la delimitació de la seva descripció legal, però també la de la resta de delictes descrits en el títol XIX del Codi penal, han de partir de la comprensió de

14. STS 19-10-2001. *Vid.* també STS 5-2-1996 i STSJ d'Andalusia 2-6-2000: «Les figures típiques del suborn de funcionari, en última instància, persegueixen la protecció del funcionament normal dels serveis públics que els òrgans i institucions de l'Estat estan obligats a oferir als membres de la comunitat, d'acord amb els principis i criteris establerts per la Constitució i la resta de l'ordenament jurídic»; STS 29-4-1995: «El delictes de suborn de funcionari protegeix [...], per sobre de tot, el prestigi i l'eficàcia de l'Administració pública garantint la probitat i la imparcialitat dels seus funcionaris i també l'eficàcia del servei públic que aquests funcionaris tenen encomanada».

l'Administració —entesa en sentit ampli— com a institució que s'insereix en la vida social per ordenar-la d'acord amb els interessos generals i per a la pròpia satisfacció d'aquests interessos. Sobre la base d'aquesta comprensió de l'Administració, el bé jurídic protegit en el delictes de suborn de funcionari i el referent valoratiu comú als delictes contra l'Administració pública serien els propis criteris que determinen la legitimitat de la seva existència, les condicions necessàries per al seu manteniment i la plasmació d'aquests criteris en l'ordenament jurídic, més concretament, en la regulació que aquest realitza de l'actuació de l'Administració. Des d'aquest plantejament, adquireixen un significat fonamental el principi d'igualtat, que es concreta en la validesa general de l'esmentada regulació, la seguretat jurídica, que pren forma en la seva pròpia existència, el seu caràcter vinculant i la seva publicitat, i els principis que defineixen el caràcter social i democràtic de l'Estat, que es concreten en el contingut que l'ordenament jurídic atorga a l'actuació de l'Administració i en el procediment seguit per a la seva determinació (*vid.* Asúa Batarrita 1997, p. 18 i seg.). Aquesta referència a l'Administració com a institució i al seu correcte funcionament només pot precisar-se una mica més recorrent al contingut de la regulació general i sectorial de l'actuació de l'Administració en què prenen forma i es concreten els criteris generals.

Si partim d'aquestes consideracions generals, la delimitació dels diversos delictes contra l'Administració pública haurà de determinar-se segons la singularitat que presenten com a modalitat d'afectació d'aquell bé jurídic.

Com es deu haver pogut constatar, allò que caracteritza les opinions que actualment formula la doctrina sobre el bé jurídic protegit en els delictes contra l'Administració és l'abandó o, almenys, una important matisació, de la seva comprensió com a delictes formals d'infracció d'un deure (*vid.*, per exemple, González Cussac 1996, l.2.1; Asúa Batarrita 1997, p. 19 i seg.; Virto Larruscain 1997, p. 134 i seg.). Tot i que encara es poden trobar en la jurisprudència alguns pronunciaments en aquesta direcció,<sup>15</sup> el canvi de perspectiva facilita, sens dubte, una millor delimitació d'aquests delictes i limita així el risc d'una eventual expansió de la seva aplicació per part dels tribunals.<sup>16</sup> Cal destacar aquí, però, que els resultats obtinguts en aquest àmbit han de conduir a posar en qüestió les afirmacions d'aquells que consideren que els béns jurídics col·lectius són incapaços d'oferir una delimitació que satisfaci les exigències de l'Estat de dret.

15. Concretament, en relació amb el delictes de negociacions prohibides, *vid.* STS 16-5-2001, 19-1-2001, 17-7-1998. En referència al funcionament correcte i normal de l'Administració pública, *vid.* STS 19-6-2000, 25-2-2000, 9-12-1999, 21-12-1999, 9-6-1999, 16-12-1998. En relació amb el suborn de funcionari, i més concretament amb la probitat del funcionari, *vid.* STS 29-10-2001, 29-4-1995.

16. Sobre l'ambigüitat de les referències a la deslleialtat i la infidelitat del funcionari si no es vinculen amb allò que constitueix la legitimitat de les institucions democràtiques, *vid.*, per exemple, Asúa Batarrita (1997, p. 20).

### 3. LA VIGÈNCIA DELS PRINCIPIS POLITICOCRIMINALS EN LA REGULACIÓ LEGAL DELS DELICTES CONTRA L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA

Fins aquí la referència als delictes contra l'Administració ens ha servit per qüestionar o, si més no, matisar les objeccions que un sector de la doctrina dirigeix contra la «modernització» del dret penal. Abans de finalitzar aquest treball cal indicar un altre inconvenient d'abordar la discussió politicocriminal des d'un punt de vista excessivament sectorial. Es tracta del perill de deixar de banda moltes qüestions controvertides que, des d'aquest punt de vista, susciten sectors més tradicionals del nostre ordenament jurídic. Tot seguit enumerarem algunes de les qüestions que planteja la regulació legal dels delictes contra l'Administració pública.

66

Des de la perspectiva del *principi de legalitat* cal destacar, en primer lloc, les dificultats que suscita la redacció d'alguns preceptes, tant pel que fa a la delimitació de les diverses figures delictives, com en relació amb la separació dels àmbits del dret penal i el dret administratiu disciplinari. Un clar exemple del primer cas el trobem en la delimitació recíproca del suborn de funcionari impropï en els art. 425 i 426 del CP. Quant al segon aspecte convé destacar la seva relació amb l'eficàcia de la prohibició de *bis in idem* (sobre aquesta qüestió, *vid.*, per exemple, Asúa Batarrita 1997, p. 41 i seg.; González Cussac 1996, l.4).

De la mateixa manera, és discutible la previsió específica de determinades modalitats i formes de participació en els delictes contra l'Administració pública, per exemple les prevaricacions en matèria de medi ambient, urbanisme i patrimoni històric (art. 329, 320 i 322 del CP).<sup>17</sup>

Finalment, i enllaçant amb la consideració del principi d'intervenció mínima del dret penal, cal indicar que, si bé és cert que en l'àmbit dels delictes contra l'Administració és inevitable utilitzar conceptes normatius, convé que la seva indeterminació es pugui limitar amb una regulació de l'actuació de l'Administració que faciliti la transparència dels processos decisoris i que estableixi els criteris que han d'informar cada sector d'activitat (*vid.* Asúa Batarrita 1997, p. 26-27).

Atesos els *principis de fragmentarietat i subsidiarietat*, es podria qüestionar la delimitació que ha realitzat el legislador dels àmbits relatius al dret penal i al dret administratiu disciplinari, especialment en els serveis amb prestacions que es realitzen també per mitjà del sector privat, on la realització d'una conducta anàloga no és penalment rellevant (a l'ensenyament o la sanitat).<sup>18</sup>

D'altra banda, en relació amb l'eficàcia de les sancions disciplinàries, la doctrina ha destacat que no afecta els càrrecs electes o per designació (*vid.* Asúa Batarrita 1997, p. 27), ni té la mateixa eficàcia entre funcionaris de carrera i personal contractat per l'Administració. En qualsevol cas, entenem que ni la possibi-

17. Sobre la problemàtica que susciten aquestes previsions, *vid.*, per exemple, González Cussac (1996, ll.7). Més crítica es mostra Virto Larruscain (1997, p. 130 i seg.).

18. Naturalment, això no suposa entendre que la condició de funcionari dóna lloc a una pena privilegiada en comparació amb la que li correspondria al particular que realitza la mateixa conducta. L'eliminació d'aquesta possibilitat en el nou Codi penal mereix una valoració positiva.



litat de poder-hi recórrer, ni el control polític, ni la reparació dels danys i perjudicis, ni el control jurisdiccional de l'actuació de l'Administració constitueixen instruments amb una eficàcia preventiva que permeti prescindir totalment del recurs al dret penal.

Des del punt de vista del *principi de proporcionalitat*, sembla discutible l'àmbit de les conductes cominades amb la pena d'inhabilitació, la impossibilitat de recórrer a la pena de suspensió quan cal imposar una pena inferior en grau a la d'inhabilitació (com ara en els supòsits de temptativa, complicitat o eximents incomplets) i, finalment, la impossibilitat de distingir els efectes de la pena d'inhabilitació en funció del tipus de funcionaris, la qual cosa comporta, en alguns casos, que la pena d'inhabilitació impliqui la impossibilitat d'ingressar en el cos del qual formava part el funcionari condemnat.

D'altra banda, cal valorar críticament l'augment de les penes que han experimentat nombroses conductes delictives, per exemple el delicte de suborn de funcionari i el tràfic d'influències (*vid.* Díaz i García Conlledo 1997a, p. 170; 1997b, p. 176).

Pel que fa al *principi de culpabilitat*, és discutible la irrellevància penal de la comissió imprudent d'alguns delictes com és el de prevaricació administrativa, com també el manteniment d'altres que poden ser entesos com a delictes qualificats pel seu resultat (per exemple el delicte de revelació de secrets descrit en l'art. 417 del CP), als quals és d'aplicació el tipus agreujat amb independència de si la seva producció s'ha d'imputar al tipus dolós o imprudent.

## BIBLIOGRAFIA

- ASÚA BATARRITA. «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria». A: ASÚA BATARRITA (ed.). *Delitos contra la Administración pública*. 1997.
- BACIGALUPO ZAPATER. «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios». A: *Documentación Jurídica*, núm. 37/40, vol. 2, 1983.
- CARDENAL MONTRAVETA. «Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho. Comentario a la STS 7 noviembre de 2001». A: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 10, 2002.
- CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supra-individuales*. 1999.
- CORCOY BIDASOLO [coord.]. *Manual práctico de Derecho penal. Parte Especial*, t. I. 2002.
- CÓRDOBA RODA. «El cohecho de funcionarios públicos». A: *Estudios jurídicos en honor del Prof. O. Pérez Vitoria*. 1983.
- CRAMER. A: SCHÖNCKE; SCHRÖDER; CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26a. ed, 2001.
- DÍAZ I GARCÍA CONLLEDO. «El delito de cohecho». A: ASÚA BATARRITA (ed.). *Delitos contra la Administración pública*. 1997.
- DÍAZ I GARCÍA CONLLEDO. «El delito de tráfico de influencias». A: ASÚA BATARRITA (ed.). *Delitos contra la Administración pública*. 1997.

- FEIJOO SÁNCHEZ. A: RODRIGUEZ MOURULLO (dir.) i JORGE BARREIRO (coord.). *Comentarios al Código Penal*. 1997.
- GONZÁLEZ CUSSAC. «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación». A: VVAA. *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*. 1996.
- GRACIA MARTÍN. «¿Qué es la modernización del derecho penal?». A: DÍEZ RIPOLLÉS et al. (ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo* [libro homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir], 2002.
- JESCHECK. *StGB. Leipziger Kommentar*, 11a ed, 1997.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referència a l'àmbit econòmic)». A: DÍEZ RIPOLLÉS et al. (ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo* [libro homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir], 2002.
- MENDOZA BUERGO. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. 2001.
- MIR PUIG, C. *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*. 2000.
- MORALES PRATS; RODRIGUEZ PUERTA. A: QUINTERO OLIVARES (dir.) i MORALES PRATS (coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2a ed, 1999.
- MORILLAS CUEVA. A: COBO DEL ROSAL (dir.). *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*. 2000.
- MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal. Parte Especial*, 13a ed, 2001.
- OLAIZOLA NOGALES. *El delito de cohecho*. 1999.
- ORTS BERENGUER. VIVES; BOIX; ORTS; CARBONELL; GONZALEZ CUSSAC. *Derecho Penal. Parte Especial*, 3a ed, 1999.
- ORTS BERENGUER; VALEIJE ÁLVAREZ; VIVES ANTON (coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, 1996.
- RODRIGUEZ PUERTA. *El delito de cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. 1999.
- RUDOLPHI. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5a ed, 1997.
- SERRANO GÓMEZ. *Derecho penal. Parte Especial*, 6a ed, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2a ed, 2001.
- VALEIJE ÁLVAREZ. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. 1995a.
- VALEIJE ÁLVAREZ. «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho». A: *Estudios Penales y Criminológicos*, 1995b.
- VIRTO LARRUSCAIN. «El delito de prevaricación del funcionario público». A: ASÚA BATARRITA (ed.). *Delitos contra la Administración pública*, 1997.