

## Los delitos de funcionarios y la política criminal de la «sociedad del riesgo»

SERGI CARDENAL MONTRAVETA

Universidad de Barcelona

65

### 1. LOS «DELITOS DE FUNCIONARIOS» Y EL FENÓMENO DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

#### 1.1 Sociedad del riesgo y expansión del derecho penal

En los últimos tiempos, la doctrina penal viene haciendo referencia al fenómeno de la expansión del derecho penal, que se caracterizaría por un aumento del número de delitos y de la gravedad de sus penas, así como por una flexibilización de los criterios de imputación, de los principios político-criminales que limitan el recurso legítimo al derecho penal, y de las garantías procesales. Este proceso de expansión se vincula, entre otros fenómenos, con las transformaciones sociales y tecnológicas que comporta la actual «sociedad del riesgo» (en la literatura española, *vid.*, por ejemplo, Silva Sánchez 2001; Mendoza Buergo 2001; Corcoy Bidasolo 1999; Gracia Martín 2002, 349 y ss; Martínez-Buján Pérez 2002, 395 y ss.; González Cussac 1996, I.1.2).

Si bien parece existir acuerdo sobre las afirmaciones anteriores, no puede decirse lo mismo sobre la valoración de semejante proceso expansivo. Mientras que algunos lo critican y proponen excluir del ámbito del derecho penal las figuras delictivas que no se ajusten al modelo (ideal) del derecho penal liberal, otros se pronuncian a favor de limitar aquella flexibilización al ámbito de las conductas delictivas no castigadas con la pena de prisión. A su vez, otro sector doctrinal entiende que —sin perjuicio de la crítica que merezcan determinados excesos— aquel proceso es una consecuencia natural de los cambios que han experimentado las sociedades postindustriales y de la opción por un Estado *social* y democrático de derecho.

#### 1.2 Los «delitos de funcionarios» y la expansión del derecho penal

En relación con los «delitos de funcionarios», lo primero que llama la atención es la escasa atención que se les presta en la discusión sobre la política criminal y

las transformaciones que aquí se producen. Sólo ocasionalmente se menciona la cuestión de la corrupción.<sup>1</sup>

Como ha señalado Asua Batarrita, en este ámbito «[ú]nicamente desde un entendimiento del carácter servicial de los poderes públicos, comenzando por el poder político, desde su obligada orientación a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos —detentadores de la soberanía— y de la garantía de sus derechos, cabe una reacción congruente y eficaz» (Asúa Batarrita 1997, 16).<sup>2</sup> Pues bien, la consideración de los delitos de funcionarios desde el punto de vista de la política criminal debe partir de que semejante entendimiento de los Poderes públicos es, precisamente, uno de los aspectos que caracteriza a las sociedades postindustriales en las que se produce el fenómeno de la expansión del derecho penal (al respecto, *vid.* Silva Sánchez, 2001, 42 y ss).

Pero lo que hace más llamativo el olvido de los «delitos de funcionarios» en la discusión político-criminal actual es el hecho de que, en cuanto a la configuración del bien jurídico y, en general, en cuanto al principio de lesividad, estas conductas presentan una problemática similar a la suscitan aquellas que se han venido introduciendo en los últimos tiempos y que se vinculan al derecho penal «moderno» de la «sociedad del riesgo». Asimismo, puede afirmarse la existencia de una problemática similar en lo relativo a los criterios de imputación a título de autoría, así como respecto a la imputación a título de comisión por omisión.

Es cierto, sin embargo, que, empezando por su larga tradición histórica en las distintas legislaciones<sup>3</sup> y por las penas que tienen previstas, los delitos de funcionarios presentan unos rasgos específicos. Y quizás sea esta la razón de aquella ausencia, aunque —si se quiere pensar mal— también cabría entender que son precisamente sus similitudes con los delitos en relación con los que se critica la expansión del derecho penal lo que explica que no se haga alusión aquí a los delitos de funcionarios.<sup>4</sup>

---

1. Sobre la importancia de la «lucha contra la corrupción» en la política criminal de los últimos años, *vid.*, por ejemplo, Asúa Batarrita (1997, 13 y ss.). Esta autora destaca que la corrupción no es un fenómeno característico de nuestro tiempo o desconocido en otras épocas. Lo que varía en función del momento histórico y cultural es la forma de reaccionar ante este fenómeno, y la mayor o menor eficacia del empeño. Asimismo, destaca la conveniencia de entender la corrupción de forma amplia, incluyendo toda actuación que altere gravemente el cumplimiento de los fines y la vigencia del sistema de garantías que legitiman y delimitan las funciones de la Administración.

Vinculando la corrupción política y de funcionarios con el fenómeno de la globalización, *vid.*, por ejemplo, Gracia Martín (2002, 371).

2. A continuación, señala esta autora que la demanda del debido control por parte de la ciudadanía constituye un síntoma de salud democrática y que es, precisamente, la fortaleza de ésta la que permite la persecución de la corrupción en todos los niveles donde se produzca, algo imposible en un sistema autocrático o de privilegios.

3. No obstante, en las últimas décadas se han incorporado al ámbito de los delitos contra la Administración pública nuevas figuras delictivas, v. gr. el tráfico de influencias en 1991, y la corrupción en las transacciones comerciales internacionales que se introdujo por LO 3/2000, de 11 de enero.

4. Algunos autores han señalado sus dudas sobre el trasfondo de la doctrina que se opone a la protección de bienes jurídicos supraindividuales a través del derecho penal y, en general, a su modernización; *vid.*, por ejemplo, Corcoy Bidasolo (1999, 26-27, 185 y ss.); Martínez-Buján Pérez (2002, 430-431). Parece tenerlo más claro Gracia Martín, *vid.* Gracia Martín (2002, 387 y ss.).

## 2. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN EL «MODERNO» DERECHO PENAL DE LA «SOCIEDAD DEL RIESGO» Y EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN

### 2.1 La doctrina del bien jurídico en el marco de la discusión sobre la expansión del derecho penal

Como es sabido, uno de los principios básicos del derecho penal liberal consiste en vincular la legitimidad de su intervención con la protección fragmentaria y subsidiaria de bienes jurídicos. Partiendo de la validez de esta premisa, los autores críticos con la expansión actual del derecho penal han cuestionado su vigencia en relación con algunas de las figuras delictivas que se han introducido en las últimas reformas. Asimismo, han cuestionado la oportunidad de que este sector del ordenamiento jurídico se ponga al servicio de la protección de bienes jurídicos colectivos que no guarden una estrecha relación con otros de naturaleza personal individual y que —según se dice— resultan especialmente difíciles de delimitar (*vid.*, por ejemplo, Gracia Martín 2002, 283-385; Mendoza Buergo 2001, 68 y ss., en ambos lugares se contienen ulteriores referencias). En este sentido, como señala Corcoy Bidasolo, uno de las objeciones a la protección de bienes jurídicos supraindividuales es la ruptura de los principios básicos del derecho penal que supone castigar una conducta sin verificar la existencia de peligro, incriminando la mera desobediencia (Corcoy Bidasolo 1999, p. 183).

### 2.2 La discusión sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración

La discusión sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración, y la evolución que ha tenido lugar aquí, muestran la posibilidad de delimitar con suficiente precisión bienes jurídicos colectivos y de superar la comprensión meramente formal de estas y otras infracciones. Por esta razón, parece conveniente recordar aquí las líneas generales de esta discusión.

En relación con los delitos descritos en el título XIX del CP, la primera cuestión que cabe plantearse es la de si todos los preceptos que lo componen protegen un mismo bien jurídico.<sup>5</sup> Como he señalado en otro lugar, esta cuestión puede responderse de manera afirmativa, considerando que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración pública —o, si se quiere, de los Poderes públicos— como institución de carácter instrumental puesta al servicio de los ciudadanos y cuya actuación debe ajustarse a los criterios establecidos con carácter general en el texto constitucional y, más concretamente, en

5. Sobre esta cuestión, *vid.* Valeije Alvarez (1995b, 297 y ss); la misma autora (1995a, 26 y ss.); Olaizola Nogales (1999, 79 y ss.), con referencias sobre las diversas posiciones doctrinales.

Entre los autores que consideran que sí existe un bien jurídico común, Olaizola distingue entre aquellos que lo identifican con el cumplimiento del deber del cargo y aquellos que entienden que es la función pública, que vinculan con la propia Administración y su prestigio, o con la actividad prestacional que desempeña con arreglo a lo que establece el art. 103.1 CE.

sus art. 9 y 103.<sup>6</sup> Este bien jurídico común debe, sin embargo, concretarse en relación con los diversos delitos descritos en el título XIX CP, atendiendo a los aspectos del funcionamiento de la Administración pública que pueden verse afectados por las conductas que aquí se describen y/o a la singularidad de la afectación del bien jurídico que tales conductas traen consigo.<sup>7</sup> En cualquier caso, lo que nos interesa destacar aquí es que aquella concepción instrumental de la Administración al servicio de los intereses de los ciudadanos está directamente relacionada con un modelo de Estado: el Estado *social y democrático* de derecho (en este sentido, *vid.*, por ejemplo, Asúa Batarrita 1997, 18).

En relación con aquel aspecto común del bien jurídico de todos los delitos contra la Administración pública, para conocer los rasgos generales de la discusión actual creo que resulta interesante partir de la que tiene lugar en el ámbito del delito de cohecho.<sup>8</sup> Al respecto, por lo menos aparentemente, en la doctrina existen diversas opiniones acerca de cuál es el bien o bienes jurídicos protegidos en aquel delito. En este sentido, la cuestión se plantea partiendo de la existiera de una discrepancia de opiniones (así, por ejemplo, Valeije Alvarez 1995, 26 y ss.; Olaizola Nogales 1999, 89 y ss.; Rodríguez Puerta 1999, 41 y ss.; Rudolphi 1997, § 331 ns. ms 3-4; Cramer 2001, § 331 ns. ms. 1e-5).

Las principales propuestas vendrían a ser las que consideran que ese bien jurídico es el principio de imparcialidad, la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración,<sup>9</sup> la no comerciabilidad de la actuación

6. *Vid.* Cardenal Montraveta (2002, 302 y ss.), así como la clara y convincente exposición de la cuestión que realiza Asúa Batarrita (1997, 18 y ss.). En la misma dirección, siguiendo la postura mayoritaria en la doctrina, ha señalado Olaizola Nogales (1999, 85) que «la Administración pública no es un bien jurídico estrictamente formal que mantenga una relación desvinculada de los ciudadanos, sino al contrario, al afirmar que se protege la función pública se está indicando que se protege el correcto servicio que los poderes públicos deben prestar a los ciudadanos conforme a los criterios constitucionalmente previstos». Y más adelante añade (*op. cit.*, 87-88) que, sin embargo, «es normal y necesario que, para que exista delito, se produzca la infracción de un deber funcional, puesto que la infracción del deber se exige en virtud “del servicio” que integra el bien jurídico protegido. [...] Es decir, la tradicional apelación al “deber de lealtad” debe interpretarse como la sumisión del funcionario a la Ley y al derecho en el marco del cumplimiento de objetivos de interés general [...]. Los titulares de ese bien jurídico son por tanto los ciudadanos, cuyas legítimas expectativas frente a la Administración son las que se ven perjudicadas cuando se altera la función que ésta debe cumplir en el sistema de organización social dado». *Vid.* también Valeije Alvarez (1995a, 27 y ss.); Rodríguez Puerta (1999, 44 y ss.).

7. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, Asúa Batarrita (1997, 22); C. Mir Puig (2000, 19-20); Olaizola Nogales (1999, 88-89).

En Alemania, la doctrina también considera que los delitos de funcionarios protegen un mismo bien jurídico y, por lo tanto, tienen un contenido de injusto común. Y, asimismo, considera que esto no impide entender que aquellos delitos también protegen otros bienes jurídicos. *Vid.*, por ejemplo, Rudolphi (1997), números marginales (ns. ms.) 6 y 7 antes del § 331; Cramer (2001), n. m. 1 antes del § 331.

8. Como ya hemos indicado, este sería el delito al que se otorga mayor trascendencia en el contexto de la discusión sobre la expansión del derecho penal.

9. En este sentido, en la doctrina española *vid.* Córdoba Roda (1983, 176), que considera que lo que en última instancia se pretende preservar es el prestigio social de la Administración pública; Bacigalupo Zapater (1983, 1100); Muñoz Conde (2001, 957), que considera que el bien jurídico protegido en el cohecho activo y el pasivo es el mismo, pero visto desde una doble perspectiva: el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario (cohecho pasivo), el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales (cohecho activo). En la doctrina alemana *vid.*, por ejemplo, Cramer (2001), § 331 n. m. 3; este autor considera que el núcleo del injusto del cohecho es el

administrativa<sup>10</sup> y, finalmente, la Administración como institución o, más concretamente, las condiciones externas e internas de su correcto funcionamiento.

En el sentido de esta última posición, Olaizola (1999, 99 y ss., 101-102)<sup>11</sup> parte de que el bien jurídico que se protege a través del delito de cohecho es el correcto funcionamiento de la Administración pública, como institución funcional valiosa de carácter instrumental, y que posee una dimensión interna relacionada con la satisfacción de los intereses públicos a los que debe servir la actuación del funcionario y con la influencia que la conducta de cada uno de los funcionarios ejerce en la actuación del resto, y otra externa relacionada con la confianza de la sociedad en que la Administración actúe de modo imparcial y ajustado a las pautas que establece el ordenamiento jurídico, sirviendo así de instancia mediadora que garantiza las condiciones básicas de la convivencia social.<sup>12</sup>

Entre los autores que consideran que el bien jurídico protegido en el cohecho es el principio de imparcialidad destaca la posición de Valeije (1995a, 28 y ss, especialmente 30 y ss.)<sup>13</sup> Esta autora vincula la imparcialidad con los criterios a los que el texto constitucional somete la actuación administrativa y, concretamente, con la objetividad o indiferencia de aquella frente a la presión de grupos determinados o los intereses privados del funcionario, y con la distribución equitativa de la utilidad o sacrificio derivado de la acción administrativa, o sea, como bien jurídico medial para alcanzar la protección de la igualdad. En definitiva, la imparcialidad se concibe como un límite externo al buen funcionamiento de la Administración, que opera «garantizando que el principio de eficacia que debe presidir la actuación administrativa no derive en arbitrariedad, creando graves desigualdades de tratamiento

---

peligro general para el aparato estatal derivado de la relación prohibida entre el sobornante y el sobornado. Con la aceptación de regalos por la actuación administrativa se conmueve la reputación del aparato estatal porque así se ve afectada la confianza de la colectividad en la corrección de las decisiones estatales. *Vid.* también Jescheck (1997), n. m. 17 antes del § 331, quien afirma que el bien jurídico de los tipos del cohecho es la confianza de la generalidad en la no-comercialidad de la actuación de los funcionarios y la corrección de sus decisiones.

Algunas sentencias también vinculan el delito de cohecho con la garantía del prestigio de la función y de los funcionarios (así, entre otras, las SSTS 6-11-96, 5-2-1996 y STSJ Andalucía 2-6-2000), con la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado y la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de derecho (así, por ejemplo, la STS 16-12-1998), o con la confianza pública de que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley (así, por ejemplo, la STS 16-3-98).

10. Críticamente en relación con esta opinión *vid.*, por ejemplo, Olaizola Nogales (1999), pp. 97-98, Cramer (2001), § 331 n. m. 2; Rudolphi (1997), § 331 n. m. 2.

11. Una posición similar mantiene, por ejemplo, Rudolphi (1997), antes del § 331 n. m. 7, § 331 ns. ms. 4 y 5.

12. Según Olaizola (1999, 108), si se adopta esta concepción del bien jurídico resulta criticable la modalidad de cohecho prevista en el art. 426 CP, relativa a la admisión por parte del funcionario de una dádiva o regalo «en consideración a su función», puesto que en estos supuestos difícilmente puede acreditarse una afectación grave de las condiciones básicas de funcionamiento de la Administración pública.

13. Aunque consideran necesario realizar algunas matizaciones en relación con la actividad del poder legislativo, mantienen una posición similar Morales Prats; Rodríguez Puerta (1999, 1225-1226); Rodríguez Puerta (1999, 78 y ss.). *Vid.* también Orts Berenguer (1999, 759), que considera que el bien jurídico son los servicios que los poderes públicos vienen obligados a rendir a los ciudadanos, con sujeción a los principios proclamados en la Constitución, particularmente el de objetividad o imparcialidad; Orts Berenguer; Valeije Alvarez (1996, 1809-1811); Morillas Cueva (2000, 807-808); Feijoo Sánchez (1997, 1125); Serrano Gómez (2001, 770).

entre los sujetos administrados [...] [L]a tutela de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública se nos presenta como un bien jurídico medial para alcanzar la tutela de un derecho fundamental como es la igualdad de todos los ciudadanos en la obtención de prestaciones públicas o, lo que es lo mismo, la tutela de la correspondiente obligación por parte de la Administración de actuar atendiendo a la satisfacción general de los intereses de todos los ciudadanos» (Valeije Alvarez 1995a, 31). Todas las modalidades del delito de cohecho «responden a la protección del principio de imparcialidad de la actuación administrativa como medio para alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales» (Valeije Alvarez 1995a, 33).

En un sentido similar, la jurisprudencia ha señalado que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es «la probidad del funcionario público que le permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos». <sup>14</sup>

Podría pensarse que la originalidad de la tesis de que el bien jurídico protegido en el cohecho es la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de los poderes públicos radica en el punto de vista que adopta. Se pone así de relieve que el significado valorativo del correcto funcionamiento de la Administración no se reduce al contenido concreto de sus prestaciones, sino que se extiende a la vigencia y el mantenimiento de los presupuestos de su propia existencia: la confianza de la ciudadanía. Esta tesis permite legitimar la previsión legal del delito de cohecho si el objeto de la confianza social no se identifica únicamente con la autoridad estatal y se reconoce el carácter instrumental de los poderes públicos (cfr. Cramer 2001, § 331 n. m. 3; Jescheck 1997), n. m. 17 antes del § 331; Rudolphi 1997, § 331 n. m. 3). Además, puede servir para considerar atípicas aquellas conductas cuya realización no parece idónea para poner en peligro la confianza de la ciudadanía en la Administración pública, ni siquiera en el caso de que se generalizara su comisión. A través de la referencia a uno de sus presupuestos, esta tesis remite correctamente al propio significado de la Administración, como institución cuya existencia responde a unas necesidades específicas y posee también una legitimación específica en el contexto de la organización de la vida social. Y es que la actuación de los funcionarios posee un significado especial por el hecho de ser precisamente a los poderes públicos a quienes de manera más específica corresponde la función de velar por el correcto desarrollo de la convivencia social.

Como he señalado en otro lugar (Cardenal Montraveta 2002, 307-308), entiendo que la identificación del bien jurídico protegido en el delito de cohecho y la delimitación de su descripción legal, pero también la del resto de delitos descritos en

14. STS 19-10-01. *Vid.* también STS 5-2-96 y STSJ Andalucía 2-6-00: «Las figuras típicas del cohecho, en último término, persiguen la protección del normal funcionamiento de los servicios públicos que los órganos e instituciones del Estado vienen obligados a ofrecer a los miembros de la comunidad, con arreglo a los principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico»; STS 29-4-95: «El delito de cohecho protege [...] ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos».

el título XIX del Código penal, debe partir de la comprensión de la Administración —entendida en sentido amplio— como institución que se inserta en la vida social para su ordenación con arreglo a los intereses generales y para la propia satisfacción de éstos. Sobre la base de esta comprensión de la Administración, el bien jurídico protegido en el delito de cohecho y el referente valorativo común a los delitos contra la Administración pública vendrían a ser los propios criterios que determinan la legitimidad de su existencia, las condiciones necesarias para su mantenimiento, y la plasmación de aquellos criterios en el ordenamiento jurídico, más concretamente, en la regulación que éste realiza de la actuación de la Administración. Desde este planteamiento, adquieren un significado fundamental el principio de igualdad, que se plasma en la validez general de aquella regulación; la seguridad jurídica, que se plasma en su propia existencia, su carácter vinculante y su publicidad, y los principios que definen el carácter social y democrático del Estado, que se plasman en el contenido que el ordenamiento jurídico otorga a la actuación de la Administración y en el procedimiento seguido para su determinación (*vid.* Asúa Batarrita 1997, 18 y ss). Esta referencia a la Administración como institución y a su correcto funcionamiento sólo puede precisarse más acudiendo al contenido de la regulación general y sectorial de la actuación de aquella en la que se plasman y se concretan aquellos criterios generales.

Partiendo de estas consideraciones generales, la delimitación de los diversos delitos contra la Administración pública deberá atender a la singularidad que presentan como modalidad de afectación de aquel bien jurídico.

Como habrá podido advertirse, lo que caracteriza a las opiniones que actualmente formula la doctrina acerca del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración es el abandono o, por lo menos, una importante matización, de su comprensión como delitos formales de infracción de un deber (*vid.*, por ejemplo, González Cussac 1996, I.2.1; Asúa Batarrita 1997, 19 y ss; Virto Larruscain 1997, 134 y ss.). A pesar de que todavía pueden encontrarse en la jurisprudencia algunos pronunciamientos en esta dirección,<sup>15</sup> el cambio de perspectiva facilita, sin duda, una mejor delimitación de estos delitos, limitando así el riesgo de una eventual expansión de su aplicación por parte de los tribunales.<sup>16</sup> Pero lo que importa destacar aquí es que los resultados alcanzados en este ámbito deben llevar a poner en tela de juicio las afirmaciones de quienes consideran que los bienes jurídicos colectivos son incapaces de ofrecer una delimitación que satisfaga las exigencias del Estado de derecho.

15. Concretamente, en relación con el delito de negociaciones prohibidas, *vid.* SSTS 16-5-01, 19-1-01, 17-7-98.

Refiriéndose al recto y normal funcionamiento de la Administración pública, *vid.* SSTS 19-6-00, 25-2-00, 9-12-99, 21-12-99, 9-6-99, 16-12-98.

En relación con el cohecho, refiriéndose a la probidad del funcionario, *vid.* STS 29-10-01, 29-4-95.

16. Destacando la ambigüedad de las referencias a la deslealtad e infidelidad del funcionario si no se conectan a lo que constituye la legitimación de las instituciones democráticas, *vid.*, por ejemplo, Asúa Batarrita (1997, 20).

### 3. LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS POLÍTICO-CRIMINALES EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Hasta este momento la referencia a los delitos contra la Administración nos ha servido para cuestionar o, por lo menos, matizar las objeciones que un sector de la doctrina dirige contra la «modernización» del derecho penal. Antes de terminar este trabajo, cabe indicar otro inconveniente de abordar la discusión político-criminal desde un punto de vista excesivamente sectorial. Se trata del peligro de dejar de lado múltiples cuestiones controvertidas que, desde este punto de vista, suscitan sectores más tradicionales de nuestro ordenamiento jurídico. A continuación vamos a enumerar algunas de las que plantea la regulación legal de los delitos contra la Administración pública.

72

Desde el punto de vista del *principio de legalidad* debe mencionarse, en primer lugar, las dificultades que suscita la redacción de algunos preceptos, tanto respecto de la delimitación de las diversas figuras delictivas, como en relación con la separación de los ámbitos del derecho penal y el derecho administrativo disciplinario. Un claro ejemplo de lo primero lo encontramos en la delimitación recíproca del cohecho impropio en los arts. 425 y 426 CP. En relación con el segundo aspecto conviene destacar su relación con la eficacia de la prohibición de *bis in idem* (sobre esta cuestión, *vid.*, por ejemplo, Asúa Batarrita 1997, 41 y ss.; González Cussac 1996, I.4).

Es asimismo discutible la previsión específica de determinadas modalidades de los delitos contra la Administración pública y de las formas de participación en ellos, v. gr. las prevaricaciones en el materia de medio ambiente, urbanismo y patrimonio histórico (arts. 329, 320 y 322 CP).<sup>17</sup>

Por último, enlazando con la consideración del principio de intervención mínima del derecho penal, es necesario señalar que, si bien es cierto que en el ámbito de los delitos contra la Administración es inevitable el empleo de conceptos normativos, es conveniente que su indeterminación se encuentre limitada por una regulación de la actuación de la Administración que facilite la transparencia de los procesos decisorios y fije los criterios que deben informar cada sector de actividad (*vid.* Asúa Batarrita 1997, 26-27).

Atendiendo a los *principios de fragmentariedad y subsidiariedad*, cabría cuestionar la delimitación que ha realizado el legislador de los ámbitos pertenecientes al derecho penal y al derecho administrativo disciplinario, especialmente en aquellos servicios cuya prestación se realiza también por el sector privado y aquí la realización de una conducta análoga no es penalmente relevante (v. gr. la enseñanza o la sanidad).<sup>18</sup>

Por otra parte, en relación con la eficacia de las sanciones disciplinarias la doctrina ha destacado que la misma no alcanza a los cargos electos o por desig-

17. Sobre la problemática que suscitan estas previsiones, *vid.*, por ejemplo, González Cussac (1996), II.7. Más crítica se muestra Virto Larruscain (1997, 130 y ss.).

18. Naturalmente, esto no supone entender que la condición de funcionario dé lugar a una pena privilegiada respecto de la que corresponde al particular que realiza la misma conducta. La eliminación de esta posibilidad en el nuevo Código penal merece una valoración positiva.



nación (*vid.* Asúa Batarrita 1997, 27), ni tiene la misma eficacia entre funcionarios de carrera y personal contratado por la Administración. En cualquier caso, entendemos que ni la posibilidad de recurrir a ellas, ni el control político, ni la reparación de los daños y perjuicios, ni el control jurisdiccional de la actuación de la Administración constituyen instrumentos cuya eficacia preventiva permita prescindir totalmente del recurso al derecho penal.

Desde el punto de vista del *principio de proporcionalidad*, parece discutible el ámbito de las conductas conminadas con la pena de inhabilitación, la imposibilidad de acudir a la pena de suspensión cuando debe imponerse una pena inferior en grado a la de inhabilitación (v. gr. en los supuestos de tentativa, complicidad o eximentes incompletas) y, finalmente, la imposibilidad de distinguir los efectos de la pena de inhabilitación en función del tipo de funcionarios, lo que lleva a que, en algunos casos, la pena de inhabilitación comporte la imposibilidad de ingresar en el Cuerpo del que formaba parte el funcionario condenado.

Por otra parte, debe valorarse críticamente el aumento de las penas que han experimentado numerosas conductas delictivas, v. gr. el delito de cohecho y el tráfico de influencias (*vid.* Díaz y García Conlledo 1997a, 170; 1997b, 176).

En lo que hace referencia al *principio de culpabilidad*, resulta discutible la irrelevancia penal de la comisión imprudente de algunos delitos (v. gr. el delito de prevaricación administrativa), así como el mantenimiento de otros que pueden ser entendidos como delitos cualificados por el resultado (v. gr. el delito de revelación de secretos descrito en el art. 417 CP), siendo de aplicación el tipo agravado con independencia de si su producción debe imputarse a título doloso o imprudente.

## BIBLIOGRAFÍA

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

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1997), «El delito de cohecho», en ASUA BATARRITA, (ed.), *Delitos contra la Administración pública*.
- el mismo autor, «El delito de tráfico de influencias», en ASUA BATARRITA, (ed.), *Delitos contra la Administración pública*.
- FEIJOO SÁNCHEZ (1997), en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) y JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*.
- GONZÁLEZ CUSSAC (1996), «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación», en VVAA, *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*.
- GRACIA MARTÍN (2002): «¿Qué es la modernización derecho penal?», en DÍEZ RIPOLLÉS y otros (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*.
- JESCHECK (1997), *StGB. Leipziger Kommentar*, 11.<sup>a</sup> ed.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2002), «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en DÍEZ RIPOLLÉS y otros (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*.
- MENDOZA BUERGO (2001): *El derecho penal en la sociedad del riesgo*.
- MIR PUIG, C. (2000), *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*.
- MORALES PRATS; RODRÍGUEZ PUERTA (1999), en Quintero Olivares (dir.) y Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> ed.
- MORILLAS CUEVA (2000), en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de derecho penal español (Parte especial)*.
- MUÑOZ CONDE (2001), *Derecho Penal. Parte Especial*, 13.<sup>a</sup> ed.
- OLAIZOLA NOGALES (1999): *El delito de cohecho*.
- ORTS BERENGUER (1999): Vives; Boix; Orts; Carbonell; González Cussac. *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.<sup>a</sup> ed.
- ORTS BERENGUER; VALEIJE ÁLVAREZ (1996); VIVES ANTON (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II.
- RODRÍGUEZ PUERTA (1999): *El delito de cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*.
- RUDOLPHI (1997), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5.<sup>a</sup> ed.
- SERRANO GÓMEZ (2001), *Derecho penal. Parte Especial*, 6.<sup>a</sup> ed.
- SILVA SÁNCHEZ (2001): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.<sup>a</sup> ed.
- VALEIJE ÁLVAREZ (1995a): *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*.
- (1995b): «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Estudios Penales y Criminológicos*.
- VIRTO LARRUSCAIN (1997), «El delito de prevaricación del funcionario público», en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*.