

BIEN JURÍDICO Y REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Vittorio Manes

Universidad de Trento

Traducción de *Herminio Ramón Padilla Alba*

[Pulse aquí para consultar el texto original en italiano.](#)

SUMARIO:

- [1. La exigencia de una concreción del bien jurídico](#)
- [2. Las indicaciones interpretativas sugeridas por algunos pronunciamientos jurisprudenciales](#)
- [3. Las reformas ‘peligrosas’](#)
- [4. Reforma de los delitos contra la Administración pública y el principio de exigüidad](#)

1. LA EXIGENCIA DE UNA CONCRECIÓN DEL BIEN JURÍDICO

El debate sobre la reforma de los delitos contra la Administración pública es una constante de la reflexión penal actual, y no sólo del ordenamiento jurídico italiano.

Desde la aparición de la corrupción como fenómeno ‘sistémico’, a la consideración siempre creciente de las patologías de la acción administrativa en todos sus aspectos (prevaricación, abusos de la función, malversación, omisiones de los deberes de oficio), las problemáticas están, sin embargo, casi exclusivamente enfocadas desde una perspectiva de política criminal, y las opciones avanzadas de reforma reflejan limitaciones a menudo sometidas a exigencias represivas; lo que, a su vez, no permite siempre una adecuada ponderación de las peculiares exigencias dogmáticas de la materia.

Entre éstas opciones destaca principalmente aquélla que debería guiar una reforma de los tipos penales que tutelan la Administración pública: la correcta individualización de los intereses que se entienden tutelados y, por tanto, el debate sobre el *bien jurídico*.

A este particular aspecto son dedicadas estas reflexiones.

El presupuesto de partida del que, a mi parecer, se debería empezar, puede parecer casi paradójico: en una materia que se empeña en tutelar la articulación de la función pública, que promete asegurarse conforme al ‘buen funcionamiento e imparcialidad’ –las expectativas institucionales sobre el actuar de los aparatos estatales–, las líneas directrices de la reforma deberían estar dirigidas hacia el progresivo abandono de una dimensión exclusivamente abstracta del bien jurídico (tomado como bien jurídico genérico) en favor de una dimensión, en cuanto sea posible individual, particularista, del objeto de tutela, reconstruido con líneas específicas según cada norma.

O sea, debería estar siempre más valorada la diferencia entre bien jurídico como categoría –objeto jurídico ‘en vulgar definición’, que a menudo no es más que una paráfrasis de criterios sobre los que se querría fijar la misma función administrativa– y bien jurídico específicamente tutelado por cada norma, enfocado sobre un aspecto particularista y más concreto de tutela; un esfuerzo que, en definitiva, vaya de lo universal a lo particular.

Ciertamente no es necesario subrayar las ganancias que ofrece esta postura. Baste recordar que una progresiva concreción del bien protegido, referido ‘a la medida del hombre’, permitiría pasar de una óptica formalista, a menudo escondida tras principios generales y omnicomprendivos (aun cuando valorados constitucionalmente) (1), a una óptica que, a través de parámetros más tangibles, permita dar concreto relieve a los diversos grados de la ofensa.

Estas directrices, que deberían ya inspirar la interpretación de los tipos penales actuales, tendrían también que servir de guía para una eventual reforma, en perspectiva *de iure condendo*.



2. LAS INDICACIONES INTERPRETATIVAS SUGERIDAS POR ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

La exigencia de concreción de los tipos penales, en donde principalmente surge la "cara funcional" de la tutela, parece recientemente haber recogido también confortantes consensos de legitimidad por parte de la jurisprudencia.

Un primer ejemplo se tiene en el delito de abuso de oficio (art. 323 del Código penal), en donde la reconstrucción del tipo según el esquema del delito de resultado (la ventaja patrimonial o el daño para el particular) y no del de simple actividad (cualificada por el dolo específico de la ventaja o del daño), ha llevado a la jurisprudencia, al menos en los casos de abuso de daño –correspondiente, en cierto sentido, al delito de ‘*Prevaricación*’ del art. 404 del Código penal español–, a reconsiderar el bien jurídico desde una óptica de pluriofensividad que tenga en cuenta, tanto el interés público al buen funcionamiento y transparencia de la Administración pública, como el concurrente ‘interés del particular a no ser perturbado en sus derechos por el comportamiento ilegítimo del funcionario público’. Por tal vía, la Corte Suprema de Casación ha venido a reconocer a la persona que sufre el daño la cualidad de *persona ofendida por el delito*, con las consiguientes facultades de derecho sustancial y procesal que le vienen personalmente atribuidas (2).

También en el tema de omisión por actos de oficio (art. 328 del Código penal) se encuentran afirmaciones jurisprudenciales dirigidas a definir el objeto de protección valorando el perfil *externo* de la tutela de la función administrativa, o bien el momento de contacto con la esfera de los administrados, llamados a desarrollar un papel no de comparsa sino más bien de co-protagonistas. Una reconstrucción como ésta aparece en una reciente sentencia que considera inaplicable el párrafo segundo del art. 328 del Código penal a las relaciones entre las Administraciones públicas, afirmando que "la norma (...) está destinada a prestar sustancial protección al particular que formalmente se dirige al funcionario público (o al encargado del servicio público) pidiendo el cumplimiento de un acto de su oficio y, en todo caso, el motivo o razones de su retraso, fijándose un requisito formal (demanda en forma escrita) y otro temporal (30 días) a partir de la recepción de la demanda por la Administración Pública" (3).

También en esta decisión, por tanto, se asiste a un esfuerzo de concreción del bien jurídico institucional, huyendo de una reconstrucción abstracta del mismo y de la consiguiente interpretación formalista del tipo penal.

Esta compartida tendencia (‘questo condivisibile trend’) sobre la interpretación sustancial del tipo penal no es, sin embargo, constante ni común a todos los tipos penales.

Ejemplos varios se recogen, como muestra, en tema de peculado (*), en donde si alguna vez se abraza la óptica de la pluriofensividad (tutela, sea del bien abstracto ‘buen funcionamiento e imparcialidad de la Administración pública’, sea del patrimonio de la misma) para excluir la ofensividad (o la misma tipicidad) de la conducta de apropiación de pequeñas sumas, otras veces se asigna un primer plano a la misma perspectiva institucional de la tutela por considerar irrelevante para la configuración del delito el importe de la cantidad objeto de apropiación (4).

También en tema de corrupción se recogen alternativas, que a menudo ven en la jurisprudencia apoyar una lectura del todo formalista del tipo penal, en base a la cual también la recepción de dinero separada de un preciso acto de oficio podría constituir corrupción punible, porque en cualquier caso es idónea para poner en peligro el buen funcionamiento (en la corrupción propia) y la imparcialidad (en la corrupción impropia) de la Administración.

Pero una interpretación como ésta, demasiado distante de una concreta ofensividad de los ilícitos en cuestión, comporta una regresión de la tutela por apoyarse en la simple ‘venalidad del cargo’ (‘venalità della carica’), hasta llegar a un distanciamiento del precepto por sostenerse en la mera prohibición para el funcionario público de aceptación de dinero o favores indebidos.

Este último ejemplo nos permite pasar al segundo punto, el problema de las opciones de reforma que se pueden seguir o, cuanto menos y como veremos, desechar.

3. LAS REFORMAS ‘PELIGROSAS’

Antes de todo, en tema de corrupción no parece que se pueda compartir la opción de una ulterior extensión del tipo penal, como se ha propuesto de forma avanzada en sede de convenciones internacionales y también de algunas recientes propuestas de leyes italianas (5), dirigidas a eliminar el requisito del ‘*acto de oficio*’, elemento de la tipicidad esencial para reconstruir el bien

específicamente tutelado en esta norma en el sentido de la tutela de la eficiencia e imparcialidad de la acción administrativa, tomada en consideración en la perspectiva dinámica de su concreto ejercicio (6).

La extensión del tipo penal de corrupción a la recepción (o aceptación de la promesa) de favores indebidos por el simple *ejercicio de la función*, o en consideración de la misma (como expresamente prevé el art. 426 del Código penal) –elegida también por el legislador alemán en tema de corrupción en la reciente *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption* de 1997–, significaría optar por una tutela centrada más en la simple venalidad del cargo, en la calificación pública, que no en la efectiva corrección de la actividad desarrollada.

Además, una reforma de este género significaría buscar la solución del problema extendiendo el área de la relevancia penal hasta comportamientos de dudoso significado, lejos de un Derecho penal del hecho y peligrosamente vecinos a un Derecho penal del autor, por considerar reprochable precisamente su actitud venal.

Así el legislador demostraría, una vez más, una afición casi monomaniaca por el instrumento penal, llamado a intervenir como protagonista principal, y del que se pretenden prestaciones siempre más importantes.

La lógica es clara, y responde al criterio del ‘más de lo mismo’ (*‘more of the same’*); la misma terapia, pero más enérgica. Se olvidaría, sin embargo, que hasta ahora esta ‘terapia de hurto’ –más simbólica que efectiva– ha dado poquísimos frutos, y que frente a fenómenos que siempre asumen más una dimensión sistémica, el verdadero giro estaría en una radical inversión de dirección hacia la puesta en funcionamiento de instrumentos preventivos, o también de tipo sancionatorio, pero de otra naturaleza (medidas de interdicción, mecanismos de control efectivos, hoy afectos de una ineficacia tragicómica, etc.) (7).

En definitiva, retomando el punto de partida de Marinucci (8), sería preciso enlazar una técnica de construcción del ilícito donde aparezca el bien jurídico sin una precisa individualización de las modalidades de lesión. Y, seguramente, un tipo penal de corrupción, construido sobre el pagamiento de lo indebido para el ejercicio de la función, representaría una norma *totalmente fantasma* desvinculada de contraseñas de tipicidad que puedan esclarecer el perfil del bien jurídico que se quiere tutelar y, por tanto, sin verdadera capacidad selectiva.

Un problema, en cierta manera análogo a lo que nos interesa, presenta la eventual codificación de un tipo penal de *tráfico de influencias*, norma carente del necesario nivel de objetividad jurídica (9), y que se caracteriza por conductas típicas demasiado indeterminadas para asegurar al bien jurídico una efectiva capacidad de selección del área de lo penalmente relevante. Baste pensar en la formulación de los artículos 428 y ss. del Código penal, que asignan relevancia penal a las conductas del funcionario público (o del particular) que también abusa sólo *de las relaciones personales* para obtener un acto favorable para sí o para un tercero.

Con ello no se quiere negar que el delito de "tráfico de influencias" pueda tener su autónoma *ratio essendi*, porque permitiría la represión (una vez más el radio ancho) de todas las conductas de intermediación ilícita en el ejercicio de la cosa pública, en la que el sujeto interpuesto (el político o el intrigante) no tiene un papel público relevante para emitir el acto.

Pero queda el peligro, no leve, de una posible instrumentación procesal de la norma, especialmente allí donde no sea posible probar la contribución del ‘mediador’ en la estipulación del pacto corrupto; y también la posibilidad de que una actividad de simple presión política, ojalá conectada a una ventaja económica final, sea idónea para integrar el tipo penal.

Y quizás tampoco un tipo penal como éste bastaría para asegurar la efectiva represión de tales comportamientos, porque frente a la amplia posibilidad de elevar la imputación construida sobre un tipo penal poco taxativo, quedarían importantes inconvenientes probatorios y también serias dificultades de llegar a una efectiva sentencia de condena; lo que viene demostrado, por ejemplo, por la propia experiencia española, en donde se contienen poquísimas decisiones jurisprudenciales para tales delitos.

Sobre estas reformas deberíamos proceder, por tanto, con ponderación y cautela; una reforma capaz de dar claridad al bien jurídico tutelado debería, en cambio, interesar al tipo penal de concusión (art. 317 del Código penal).

Se alude a la exigencia –ahora ineludible– de eliminar la *conducta de inducción*, reduciendo el delito solamente al hecho del funcionario público que, abusando de su cualidad o de su poder,

‘constrñe’ al particular a dar dinero o favores no debidos. Sólo la restricción del tipo penal a la sola conducta de constrictión, en efecto, permitiría centrar el fulcro de la tutela en una dimensión claramente individualista, que valorase el perjuicio a la libre autodeterminación de cada uno, así como que justificara una diferencia en la pena respecto a la corrupción. No es un caso aislado el que la conducta de inducción (o sollicitación, por usar el término del legislador español) en la disciplina penal de los Ordenamientos más próximos al nuestro (Francia, España, Alemania) pertenezca al área de la tipicidad de la corrupción (o del cohecho, en el Código penal español); lo que resuelve de raíz la problemática, toda italiana, por supuesto, sobre la búsqueda de los límites entre corrupción y concusión (10).

4. REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL PRINCIPIO DE EXIGÜIDAD

La perspectiva de mayor concreción del bien jurídico protegido en algunos tipos penales que tutelan la Administración pública y la búsqueda de connotaciones de concreta ofensividad que permitan abandonar la cláusula *omnibus* del peligro abstracto implican también las problemáticas legales del principio de necesaria lesividad y de la temática, diversa y autónoma, de la exigüidad de la conducta.

Actualmente, en Italia, está avivado el debate sobre la codificación de los principios, en sede de ‘Parte general’, que valoren la dimensión sustancial del delito. En particular se discute sobre la necesidad de codificar un principio general de (necesaria) ofensividad del ilícito penal, como límite externo del área de lo penalmente relevante, y correspondientes adecuaciones internas al área del hecho típico y ofensivo, que establezcan la punibilidad del mismo más allá del umbral de la exigüidad de la ofensa (de una ofensa, por tanto, ya existente).

El primer problema, el del *principio de ofensividad*, discute sobre la misma subsistencia, en el caso concreto, de si existe una ofensa consecuente con la conducta típica, y tiene como punto de referencia privilegiada la categoría de los delitos de peligro abstracto y/o presunto (11).

El segundo aspecto de la problemática, el de la *exigüidad del hecho*, tiene como presupuesto un hecho ofensivo, pero de nivel tan exiguo o mínimo que pretende ser penalmente irrelevante.

El objeto privilegiado, como es notorio, son, en primer lugar, los delitos de bagatela (‘i reati bagattellari’); y una cláusula que dé relieve (*pro reum*) a la exigüidad del hecho viene asumida como necesaria garantía de la satisfacción de la instancia de la subsidiariedad a nivel judicial (12).

Es, sobretodo, esta segunda perspectiva la que interesa al objeto de esta breve investigación, porque, si bien es verdad que la ‘exigüidad’ viene generalmente pensada como válvula de escape para las ofensas de bagatela, la misma es, seguramente, posible protagonista también en los casos de ofensas a bienes tan abstractos, tan ‘macrodimensionales’, que, por un lado, no permiten establecer alguna *distinción* conceptual entre lesión, peligro concreto y peligro abstracto, y, por el otro –aunque no se trate de delitos estructuralmente de bagatela, sino de hipótesis de delitos caracterizados por un amplio margen de variabilidad-, contemplan conductas, conformes al tipo legal, que pueden llegar a tener niveles de ofensividad verdaderamente marginales (tipicidad y ofensividad, pero muy reducidas).

En estos casos, situar la cuestión desde la perspectiva de la carencia de la ofensividad de la conducta sería, a mi juicio, erróneo. Porque, en realidad, un problema en términos de ofensividad ni se plantea. La problemática se mueve en otra perspectiva.

En efecto, frente a bienes jurídicos institucionales, definidos a través de un ‘programa de intentos’ más que con referencia a datos prepositivos, y necesariamente asumidos en una dimensión abstracta (pensamos, otra vez, en el ‘buen funcionamiento e imparcialidad de la Administración pública’), la codificación de un principio general de ofensividad no produciría ventajas considerables (13). Las conductas conformes al tipo son todas *abstractamente peligrosas* y, por tanto, *ofensivas* en base al coeficiente de ofensividad típico de la estructura de los delitos en cuestión, o sea el, peligro abstracto (al menos en gran parte de los casos) (14); dicho en otros términos, aquí es la naturaleza del bien jurídico en cuestión la que no permite una segura definición de la conducta en términos de concreta peligrosidad, sino que reclama necesariamente un juicio de peligrosidad (solo) abstracta.

El principio de ofensividad, en pocas palabras, no tendría eficacia operativa; quedaría una definición incapaz de expresar (y operar) una efectiva elección político-criminal.

La perspectiva más fecunda sería la segunda, la de la exigüidad.

Porque, como se anticipaba, algunas conductas –aún más en una materia que constituye el apéndice patológico del ejercicio de la función pública, y que insiste, por tanto, sobre una *actividad básicamente lícita* a veces de extrema complejidad (baste pensar en las violaciones de leyes y reglamentos hoy susceptibles de configurar el delito de ‘abuso de oficio’)— pueden seguramente asumir forma de bagatelas (‘forma bagattellari’); y debe subrayarse que aquí no se trata de delitos *estructuralmente* de bagatela, sino de tipos penales caracterizados por un amplio margen de variabilidad, hasta niveles de ofensividad verdaderamente marginales (tipicidad y ofensividad, pero extrema exigüidad de la ofensa; así, en los casos de abuso de oficio, o de omisión de actos de oficio, como también en los casos de peculado o malversación de sumas insignificantes [‘peculato o malversazione di somme banali’], etc.).

Y garantizar una intervención penal verdaderamente fragmentaria y subsidiaria quiere decir tomar en consideración niveles mínimos de ofensividad donde establecer el inicio de la punibilidad (o de la procedibilidad) (15).

Queda, sin embargo, un ulterior problema sobre la eventual colocación (y extensión) de una cláusula como ésta, si en sede de la parte general, como cláusula general aplicable a todos los tipos penales de la parte especial, o, al contrario, prever soluciones distintas para los diversos sectores de la parte especial del Código.

Las dos soluciones pueden parecer posibles.

A mi parecer, sin embargo, la codificación de una cláusula general de exigüidad o de irrelevancia del hecho (como, por ejemplo, la institución de la renuncia a la pena, “*Absehen von Strafe*”, del parágrafo 60 del StGB) obligaría al legislador a una previa reestructuración de la parte especial del Código en todos aquellos casos, que no son pocos, en los que el bien jurídico viene caracterizado por una notable abstracción, como, en nuestro caso, la administración de la cosa pública, la conducción de la economía, la gestión del mercado, etc.

En estos casos, en donde resulta difícil graduar la ofensa a través de la cuantificación de un daño, de una lesión concreta, porque el ilícito resulta construido sobre el esquema del peligro abstracto, una cláusula general de exigüidad vinculada prevalentemente sobre la entidad de la ofensa al bien jurídico protegido, puede resultar difícilmente utilizable, y, por tanto, escasamente ventajosa.

También en los casos en los que al lado de un bien institucional, o funcional, aparece un bien de carácter más tangible, en una dimensión de pluriofensividad –para quien admite y acepta esta problemática categoría–, una cláusula general de exigüidad no resolvería mucho, ya que sería siempre necesario decidir a cual de los dos bienes se le debe dar relevancia en el caso concreto (16). El problema es evidente: el ejemplo, ya señalado, del peculado integrado por la apropiación de una suma pequeña, es emblemático porque es resuelto por la jurisprudencia de manera radicalmente diversa según el bien jurídico que se tenga como protagonista de la ofensa: Se considera configurado el delito si se entiende que el bien jurídico protegido es aquel –de rango exclusivamente público e institucional- identificado por los principios que informan la acción administrativa según el buen funcionamiento e imparcialidad; se llega a la solución opuesta, negando la configuración del ilícito, si se considera que entre los intereses protegidos por la norma tiene también un relieve preeminente el patrimonio de la Administración pública un relieve preeminente, sobre el que seguramente no incide una apropiación escasamente significativa.

Como alternativa a una solución tan general, podría avanzarse una hipótesis diversa.

Codificar una cláusula *ad hoc* de exigüidad para cada disposición, o para cada sector de la disciplina, vinculada no a una genérica referencia a la irrelevancia de la ofensa, sino a aspectos específicos de la misma con referencia a cada disposición.

Una opción como ésta podría garantizar dos ventajas:

- a) Ante todo garantizaría el carácter operativo de la cláusula misma en el caso concreto.
- b) En segundo lugar, contribuiría a aclarar que interés es tutelado específicamente, sin huidas cómodas hacia un omnicompreensivo interés de categoría, capaz de comprender cualquier violación también meramente formal del tipo penal entre las conductas ofensivas de los principios que se quieren garantizar en el título en examen.

La idea, por otra parte, no es nueva, habiendo sido ya avanzada en uno de los innumerables proyectos de reforma de los delitos contra la Administración pública, que permanecen perennemente en estado de *work in progress*.

En el proyecto de reforma de la norma sobre el abuso de oficio, propuesto por la Comisión

Morbidelli, estaban contenidas una serie de disposiciones comunes, entre las que se encontraba una causa de no punibilidad por los hechos de peculado ('peculato'), malversación ('malversazione') contra el Estado y abuso de oficio con fines patrimoniales, en el caso de que el hecho no hubiese causado, ni fuese idóneo para causar, un daño patrimonial público o privado de un importe superior a una determinada suma (diez millones de liras), siempre y cuando el daño fuese completamente reparado.

Otra disposición del mismo proyecto consideraba no punibles los hechos de abuso de oficio hasta que los mismos actos administrativos no hubiesen producido efectos externos a la Administración pública (17); consideraciones similares a la alcanzada, *motu proprio*, por la reciente jurisprudencia en tema de omisión de actos de oficio, que, como hemos señalado, no considera configurable el hecho en caso de que el comportamiento omitido no fuese destinado a tener una evidencia externa, sino sólo a determinar la actividad interna de la Administración (18).

Naturalmente, las hipótesis señaladas tienen un valor meramente ilustrativo, y tal referencia prescinde de un juicio de valoración positiva sobre las mismas. Se necesitaría, para un análisis meditado sobre los intereses a los que dar preeminencia en los específicos supuestos de delito, eventualmente reunidos en grupos, individualizar las hipótesis de exigüidad de la ofensa más dignas de consideración, definidas ya a nivel legal, como aquéllas que están centradas sobre el perfil cuantitativo de la ofensa o cualitativo del hecho, o sea, 'vinculadas' a parámetros fijos, o bien abiertas a una posterior valoración judicial, como aquéllas moduladas sobre parámetros fluidos y ulteriormente individualizados sobre la conducta del autor individual (o sea, a través de elementos de mayor personalización conexos también a comportamientos o condiciones personales del autor del hecho, etc.) (19).

A una propuesta como ésta se le podría objetar que constituye un exceso casuístico (20), o hasta una injustificada consideración particular de ciertas hipótesis, con la consecuente y eventual disparidad de tratamiento.

Sin embargo, no puede no considerarse como la resolución de problemas tan diferentes según los bienes jurídicos de que se trate no pueda ser resuelta correctamente a través del empleo de una 'cláusula general', y reclame por tanto una, aunque obligada, consideración individualizada; además, el mismo legislador del 30, en tiempos menos sospechosos –y menos expuestos (al menos para ciertos sectores) a las críticas de Lüderssen dirigidas a estigmatizar ciertas elecciones diferenciadas y 'reductoras' como elecciones ideológicas a favor de un 'derecho penal de clase' (21)–, demuestra que considera una perspectiva como ésta reconduciendo, sólo en determinados (y quizás demasiado raros) casos, sensibles atenuaciones de la sanción en casos de especial o particular tenuidad, levedad, de mínima importancia, etc. (22).

Además, en la significativa hipótesis del daño patrimonial de particular tenuidad, la consideración en la que el legislador demuestra tomar la exigüidad de la conducta es tal que asume la escasa relevancia de la ofensa como parámetro de deflación ('deflazione') no sólo de la sanción penal, sino del instrumento penal en general, también, por tanto, bajo el perfil procesal; la circunstancia del art. 62, n.º 4 del Código penal (colocada junto a las circunstancias para las que la ley establece una pena diversa y a las circunstancias con un efecto especial) es, en efecto, la única circunstancia que se computa para la determinación de la pena y considera para aplicar la disciplina de las medidas cautelares (art. 278 del Código de procedimiento penal) y del arresto en flagrante delito (art. 379 del Código de procedimiento penal que reenvía a la disposición citada).

Entonces, tal consideración particular del hecho exiguo permite un doble nivel de deflación, ya en la (y, hoy, limitadamente a la) fase de la medición ('commisurazione') de la pena, ya en la inhibición del recurso a determinados mecanismos procesales por los hechos de escasa relevancia; mecanismos de un costo social particularmente elevado, especialmente en términos de garantía, pero también particularmente dispendiosos bajo el perfil de las costas procesales (baste pensar en los procedimientos de convalidación y de garantía predispuestos a la tutela de la correcta explicación de los poderes de la policía judicial y de la correcta aplicación de las medidas coercitivas).

Y, francamente, en tiempos en los que se invoca a gran voz un retorno a la fragmentariedad de la intervención penal, no se comprende porqué se puede admitir la previsión de niveles de exigüidad a los que vincular la previsión de circunstancias atenuantes especiales en sectores de nuestro Código penal y con significativas influencias ('risvolti') también en sede procesal –a veces fruto de una particular consideración, como en la hipótesis señalada–, y no se puede, sin embargo, tomar

conciencia del hecho de que, una conducta caracterizada por una ofensa exigua, también en base a un juicio necesariamente *ex post*, no llega a un nivel tal que merezca justificar la punibilidad en el caso concreto.

Concluyendo, las ventajas, a mi parecer reconducibles a una elección sectorial, serían merecedoras de reflexión: en lugar de una respuesta simbólica a problemas concretos y difusos, respuesta que en muchos casos no garantizaría considerables efectos deflacionarios ('deflattivi') y elevaría de todos modos el margen de discrecionalidad alimentando –al menos frente a bienes jurídicos pluriofensivos– una mayor disparidad en el tratamiento, la codificación de cláusulas de exigüidad particulares permitiría alcanzar un doble efecto sin pasar por una improbable, cuanto dificultosa y necesaria, reforma de la parte especial.

NOTAS

(1) En particular, hoy más que nunca es exigible evitar –en la elección del modelo sobre el que elaborar el Derecho penal– huidas hacia arriba (fughe 'verso l'alto') (que tienen el inconveniente de principios demasiado generales) y solicitar, sin embargo, un empuje hacia abajo (una spinta 'verso il basso'), guiado por una trama de reglas que son concreciones de los principios generales (y que constituyen el apéndice operativo de los mismos); en la actuación de los principios se juega, en efecto, la fundamental elección política del legislador, que el juez no puede de nuevo discutir a través de una interpretación *per saltum* que reenvíe a los mismos principios. Dicho de otro modo, la misma prerrogativa del poder legislativo sería prejuzgada, y la división de poderes hecha blasón de una gloria pasada. La Corte Suprema de Casación, por otra parte, recientemente ha demostrado sensibilidad por tales consideraciones, declarando no susceptibles de ser tomados, como criterios de valoración de la violación de la ley típica del reformado tipo penal de abuso de oficio, los principios del art. 97 de la Constitución italiana, considerados demasiado generales (porque se trata precisamente de principios generales y no reglas: cf. la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 4 de diciembre de 1998, Tosches, en *Foro it.*, 1998, II, p. 390, con notas de La Greca y Manes, donde se subraya precisamente esta diferencia).

(2) Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 3 marzo de 1999, Inchingolo, en *Guida. dir.*, n.º 15/1999, pp. 57 y ss., en donde, en efecto, se le reconoce al particular la legitimación para oponerse a la petición del Ministerio Fiscal de archivar la demanda.

(3) Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 30 de noviembre de 1998, Fusco, en *Guida dir.*, n.º 12/1999, pp. 77 y ss., y precedentes citados en la motivación.

(*) El término italiano utilizado por el autor es «peculato», figura delictiva que equivale a nuestra malversación (*N. del T.*).

(4) Así en la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 24 de septiembre de 1996, n.º 8647, en *Guida dir.*, n.º 50/1996, en donde se afirma que la exigüidad de la suma sustraída en la figura delictiva de peculado no excluye el delito, porque en cualquier caso subsistiría la lesión del buen funcionamiento e imparcialidad de la Administración Pública. La Corte Suprema de Casación no estima, pues, también necesaria la lesión del bien jurídico *patrimonio*, como ha afirmado en decisiones precedentes que mantenían la irrelevancia penal de sustracciones de pequeñas cantidades; en este caso, por tanto, la perspectiva es exclusivamente la *institucional*.

(5) El impulso hacia una extensión del tipo penal de corrupción sigue, por otra parte, la tendencia ('trend') señalada por las convenciones internacionales en tema de corrupción, como la Convención de la OECD para la lucha contra la corrupción internacional y la Convención de la Unión Europea contra la corrupción (sobre esto cf. Forti, «Basic features of the Legislation for Combating Corruption and Bribery in the Member States», en *Combatting Corruption in the European Union*, Actas del Convenio de Trier, diciembre de 1998, una obra de Huber, Frosch, Trier, 1999 (actualmente en imprenta); cf. también Huber, «Il sistema tedesco di lotta alla corruzione in comparazione con quelli di altri paesi europei», en *RTDPE*, pp. 1 y ss. (actualmente en imprenta). Además, también en el reciente '*Corpus iuris* que contiene disposiciones penales para la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea', se propone una definición del tipo penal de corrupción que se extiende hasta comprender la aceptación de dinero por 'un acto de la función o un acto *en el ejercicio de la función*' (cf. *Verso uno spazio giudiziario europeo, Corpus iuris*, una obra de Grasso, Milano, 1997, pp. 58 y ss.).

(6) Sobre las problemáticas relativas a la actual desvaloración del acto de oficio en los delitos de corrupción, también con referencia a las propuestas de reforma que lo querrían suprimir, nos permitimos reenviar a un trabajo nuestro precedente, «La rilevanza del'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione», en *RIDPP*, 1999 (actualmente en imprenta).

(7) *Ibidem*, § 9, en donde se examinan los instrumentos de una posible estrategia preventiva. Sobre la ineficacia de los controles disciplinarios, continuamente puesta de manifiesto por el mismo Tribunal de Cuentas, véase la crónica aparecida en el periódico *La Repubblica*, viernes 12 de noviembre de 1999, «In servizio nei ministeri i tangentisti condannati», de M. Travaglio.

(8) Así Marinucci, en su *intervención* en el debate sobre la «Relazione della Commissione Ministeriale per la riforma del Codice penale» (instituida con d. m. el 1 de octubre de 1998, y presidida por el Prof. Grosso), en el Convenio *Pena fissa, pena minima, pena massima: dal codice penale lucchese ai codici penali degli anni novanta del XX secolo*, organizado por el Prof. Vinciguerra, Padova, 22-23 de octubre de 1999. Sobre las relaciones entre el bien jurídico y la formulación de la norma acusadora vid., en general, Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto penale*, vol. I, Milano 1999, pp. 391 y ss.

(9) Opinión radicalmente opuesta en las afirmaciones hechas en el debate parlamentario que precedió a la Ley Orgánica 9/1991, con la que se introdujeron en el anterior Código penal español precisamente los tipos penales de tráfico de

influencias y de uso de información privilegiada; en aquella sede se afirmó que la reforma era dictada por la exigencia de adecuar la tutela penal de la Administración pública a las exigencias constitucionales de imparcialidad, transparencia, eficacia y servicio a los intereses generales como nuevos bienes jurídicos merecedores de tutela penal: cf. Morales Prats/Rodríguez Puerta, «Comentario del Título XIX, Consideración general», en AAVV, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dirigidos por Quintero Olivares), Pamplona, 1996, p. 1769.

(10) Por otra parte, el mismo legislador demuestra tener siempre menos confianza a una definición normativa de la conducta como ésta, asignándole un lugar limitadísimo y residual también en la reciente reforma de los delitos de violencia sexual, delitos caracterizados por un coeficiente de desvalor (y, consiguientemente, de merecida tutela) seguramente superior respecto a la concusión. Sólo en hipótesis particulares, previstas por el párrafo segundo del art. 609 bis del Código penal, caracterizadas por un estado objetivo de inferioridad de la víctima ('inferioridad física o psíquica de la persona ofendida al momento del hecho') o por la creación fraudulenta de una representación errónea de la realidad objetiva por parte del ofendido (taxativamente limitado a los casos de sustitución de persona), se asigna relieve a la conducta de *inducción*, requiriendo en el comportamiento del agente una intensidad sensiblemente inferior respecto a la regla del párrafo primero que define la conducta del agente en los términos ciertamente más significativos de la constricción ('con violencia o amenaza o mediante abuso de autoridad'). Sobre el presupuesto de la eliminación de la conducta de inducción, una ulterior opción que merece consideración es aquella que propone una radical abrogación del mismo tipo penal de concusión, justificada sobre la base de la suficiencia de la tutela prestada por otras normas, singularmente por aquella de la extorsión, agravada eventualmente por el 'abuso de los poderes inherentes a la función pública', según el art. 61, n.º 9, del Código penal.

(11) La temática de la ofensividad puede ser considerada hoy un clásico de la reflexión penal contemporánea, al menos a partir de finales de los años cincuenta, o sea, cuando la maduración de las ganancias que ofrece la concepción realista del delito ha llevado al definitivo enfoque del principio de necesaria lesividad desde el prisma de las directrices constitucionales: sobre esto, fundamental, Bricola, «Teoria generale del reato», in *Noviss. Dig. it.*, UTET, XIX, 1973, pp. 7 y ss. (y ahora también en *Scritti di diritto penale*, una obra de Canestrari y Melchionda, vol. I, Milano 1997, pp. 539 y ss.); recientemente, para una amplia síntesis de la cuestión, v. Riccardi, «I 'confini mobili' del principio di offensività», en *IP*, 1999, pp. 711 y ss., con referencias bibliográficas y una panorámica sobre los más interesantes pronunciamientos de la jurisprudencia, que demuestra –no obstante cadencias alternas– progresiva sensibilidad hacia la capacidad hermenéutica del principio. Como es notorio, la problemática ha sido también objeto de los trabajos de la Comisión bicameral para las reformas constitucionales, que el 4 de noviembre de 1997 ha terminado un Proyecto de reforma constitucional que en la compleja arquitectura del art. 129 preveía también la introducción del principio de necesaria ofensividad del ilícito penal: v. Donini, «L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione 'legale' prima che 'giurisprudenziale', dei principi di offensività e di sussidiarietà», en *Critica del diritto*, 1998, pp. 95 y ss. (ponencia del seminario de Roma, 6 de febrero de 1998, seguida por las intervenciones de Rossi, Fiandaca y Mazzacuva). Sobre las mismas problemáticas ha sido también comprometida la Comisión Ministerial para la reforma del Código penal (vid. la «Relazione della Commissione Ministeriale per la riforma del Codice penale», citada en la nota 9, publicada en *RIDPP*, 1999, pp. 600 y ss.).

(12) El mérito a esta problemática y, sin duda, a la valoración más conclusiva del requisito de la exigüidad, se debe a Paliero, *Minima non curat praetor*, Padova, 1985, parte IV, cap. II, pp. 653 y ss.; cf. también Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, pp. 238 y ss., según el cual «(...) Hasta que no sea posible construir todos los delitos sobre la base de la peligrosidad concreta de, al menos, la conducta *ex ante*, debiéndose recurrir a formas de peligro abstracto, los principios de proporción y subsidiariedad imponen demandar al juez la exclusión no sólo de los comportamientos probadamente inofensivos, sino también la de aquellos de extrema exigüidad lesiva» (v. en particular la p. 244).

(13) Consideraciones análogas ya autorizadas sostenidas por Fiandaca, *Intervento nel dibattito sull'art. 129 del Progetto di riforma costituzionale*, citado en la nota 12.

(14) Si bien, como se ha anticipado, el legislador podría empeñarse en una descripción más cerca a la dimensión individual-concreta, como, por ejemplo –y no obstante todas las reservas que pueden hacerse al nuevo texto del art. 323 del Código penal –, ha demostrado poder hacer en la reforma del delito de abuso de oficio.

(15) No es ésta la sede para afrontar las diversas opciones ofrecidas para codificar una cláusula de tal clase, sustancialmente reconducibles en dos direcciones, sintetizadas en la citada «Relazione della Commissione Ministeriale» (§§ 1 y 2). La primera sugiere la valoración de la exigüidad bajo la forma de causa de no procedibilidad, como el ejemplo de la institución prevista en el sistema penal del menor, e introducido de nuevo por el art. 27, párrafo 1, del D.P.R. de 22 de septiembre de 1998, n.º 448, que dispone la no procedibilidad sobre la base de la 'tenuidad del hecho' y del 'carácter ocasional del comportamiento'. Un modelo como éste, ya presente para la justicia penal del 'mayor' (giustizia penale 'maggiore') en el sistema penal alemán en los §§ 153 y 153, a), del StPO, referidos a la posibilidad de archivar los supuestos de bagatela, es retomado entre las modificaciones procesales que vendrían a acompañar la introducción del juez monocrático de primer grado (diseño de la Ley C/4625; en sentido análogo ya el proyecto de reforma gubernativo dirigido a introducir un nuevo art. 346 bis en el Código de procedimiento penal entre las causas de no procedibilidad por la irrelevancia del hecho, reproducido en *Guida. dir.*, n.º 8/1998, p. 19). El segundo prevería, sin embargo, la codificación de una causa general de no punibilidad, que se piensa más practicable porque –a pesar de no tener la misma eficacia deflacionaria, al menos en términos procesales– garantizaría mayor compatibilidad con el principio de obligatoriedad de la acción penal (art. 112 de la Constitución). Sobre esto Donini, «L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale», cit., § 3., pp. 109 ss., en particular nota 31.

(16) No es un problema hermenéutico, sino un problema político. Sobre esto cf. también Donini, «L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale», cit., pp. 113, 116.

(17) Es indiferente, a los fines de nuestra breve investigación, la calificación que pueda darse a estas dos hipótesis: ambas pueden ser consideradas condiciones que fundamentan la punibilidad o bien meras causas de no punibilidad. A nuestro parecer, hipótesis como éstas serían técnicamente encuadrables como condiciones que fundamentan la punibilidad, dada la intrínseca inherencia a la ofensa, y la unión funcional (y también subjetiva) con la lesividad del hecho (cf. al respecto Donini, *op. ult. cit.*, pp. 115-120).

(18) Siempre en tema de omisión de actos de oficio, y en una perspectiva análoga, debe darse también relieve al perfil sustancial de la ofensa, cf. también la sentencia de la Corte Suprema de Casación de 11 de diciembre de 1998, n.º 12977, Concu, en *Rivista Penale*, 1999, pp. 41 y ss.: "A los fines de la configuración del delito de omisión de actos de oficio, en la hipótesis prevista por el artículo 328, párrafo segundo del Código penal, es necesario que el acto de oficio no cumplido y en relación al que no vienen fijadas en los términos de la ley, a petición expresa del interesado, las razones del retardo, sea un acto debido y, por tanto, idóneo para expresar útilmente, y no en un modo espontáneo y superfluo, la posición de la Administración pública en la relación con el particular. Por ello no toda petición del acto por el particular es idónea para activar el mecanismo que puede dar lugar a la configuración del delito *de quo*, debiéndose reconocer tal idoneidad a aquellas peticiones que sean funcionales a un efectivo y obligatorio dinamismo de la Administración pública, que se manifiesta en actos facultativos, vinculantes, o que conlleven una cierta discrecionalidad, y siempre que se trate de actos que constituyan de cualquier modo expresión de un preciso deber legal del funcionario público o del encargado del público servicio. El delito de todos modos se excluye cuando –como en el caso de la petición de acceso a documentos regulada por el art. 25 de la Ley n.º 241/1990– la falta de respuesta a la petición del particular en el mismo término previsto por la norma penal (30 días), da lugar al silencio administrativo porque este último equivale, aunque sea por presunción, al cumplimiento del acto y viene de todos modos a determinar una situación conceptual incompatible con la inercia de la Administración pública y con la necesidad, por tanto, de un emplazamiento de la misma por parte del particular, quien puede, sin embargo, apreciar concretamente el resultado de la actividad administrativa que le interesa y asumir las eventuales iniciativas del caso".

(19) La opinión a favor de una consideración diferenciada de ciertos sectores, donde implementar técnicas de disminución ('degradazione') legal y judicial centradas (aunque no sólo) sobre la exigüidad, es autorizadamente sostenida, con especial referencia al ámbito del Derecho penal complementario ('diritto penale complementare'), por Donini, «La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato 'costituente' per la riforma del codice (Riflessioni a margine di una ricerca)», texto de la ponencia presentada en el Convenio de Macerata, abril, 1999, p. 33 del original mecanografiado.

(20) Así Fiori, «Osservazioni in tema di clausole di irrelevanza penale e trattamento della criminalità bagattellare. A proposito di una recente proposta legislativa», en *Critica del diritto*, n. 4.º, 1998, p. 276.

(21) En el contexto del debate general sobre el futuro del Derecho penal, y respondiendo a las tesis 'neoretribucionistas' (Naucke) y 'neoliberales' (Hassmer) por una vuelta al *Kernstrafrecht*, es notoria la toma de conciencia de Lüderssen de que el objetivo de un Derecho penal mínimo querría decir volver a un Derecho penal 'de clase' (Lüderssen, *Abshaffen des Strafrechts?*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995, pp. 391 y ss.); Los relieves ('gli accenti') más significativos de esta posición se encuentran en un reciente ensayo de Marinucci-Dolcini, «Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità», in *RIDPP*, 1999, pp. 802 y ss., 816. En la doctrina italiana, el debate ha recibido la atenta mediación de Donini, «La riforma della legislazione penale complementare», cit., p. 24; no pudiendo en esta sede expresar una opinión argumentada, a nuestro juicio parece de cualquier modo más coherente la posición de quien defiende *ex profeso* los avances de reducción ('gli avamposti riduzionisti'), respecto a un legislador que continúa haciendo la voz gruesa ('a fare la voce grossa') en sede de amenaza edictal, para después dejar la deflación en concreto verdaderamente abandonada a mecanismos de clase, como aquéllos que componen hoy más que nunca el acceso a las medidas alternativas a la detención también después de la impróvida reforma de la Ley Simeone (Ley 165/1998). La inversión se resuelve en un hipócrita 'anatomismo'; derecho penal de los iguales, en abstracto, aflicción ('afflittività) solo para algunos (los marginados), en concreto: del todo compartida, por tanto, la crítica de Dolcini, «Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?», in *RIDPP*, 1999, pp. 856 y ss., 876.

(22) Además de los hechos de particular tenuidad ya tomados en consideración en varios delitos contra la Administración Pública (por ejemplo el art. 323 bis del Código penal), particular relieve asumen otras hipótesis, señaladas por Paliero, *op. cit.*, pp. 664 y ss. (sobre esto también Donini, *op. cit.*, p. 245, nota 78): daño patrimonial de especial tenuidad en los delitos que lesionan el patrimonio (art. 62, n.º 4, del Código penal); hecho de leve entidad en los delitos contra la personalidad del Estado (art. 311 del Código penal); hecho de particular tenuidad en la receptación (art. 648 del CPV y del Código penal); participación de mínima importancia (arts. 114 y 609 del Código penal); diversas hipótesis están presentes también en sede de legislación especial (donde a veces la misma punibilidad del delito viene vinculada a determinados niveles de exigüidad), como por ejemplo el hecho de leve entidad en la posesión, cesión, etc., de estupefacientes (art. 73, párrafo quinto, del DPR 309/1990); el daño patrimonial de especial tenuidad en la quiebra y en el recurso abusivo de crédito (art. 219 del CPV); el hecho de leve entidad en el fraude fiscal (art. 4, último párrafo, de la Ley 516/1982); el hecho de leve entidad en materia de armas (art. 5 de la Ley 895/1967). La posible y diferente consideración de la concreta ofensividad o de niveles de exigüidad de determinadas conductas como presupuestos para la misma punibilidad encuentra hoy un ulterior ejemplo en la cláusula de ofensividad prevista en el párrafo segundo del art. 172 del Decreto legislativo n.º 58/1998 (texto único que regula la disciplina de los mercados financieros), donde precisamente se prevé una cláusula expresa que subordina la punibilidad de la violación de la norma en materia de compra de acciones propias (art. 132) a la verificación de una ofensa concreta para el bien protegido por la misma norma: sobre esto, vid. Sgubbi («Le sanzioni», en AA.VV., *La riforma delle società quotate*, Actas del Convenio de Santa Margherita Ligure, 13 y 14 de junio de 1998, una obra de Bonelli y otros, pp. 293 y ss., 295), quien subraya 'un interesante y prometedor indicio de recuperación de la dimensión sustancial del delito', y de abandono del modelo sancionador –acostumbrado a la tutela de funciones– en base al cual el tipo penal termina consistiendo en la mera inobservancia del precepto extrapenal. En efecto, la violación del art.

132 en materia de compra de acciones propias o de la sociedad controladora viene penada como tal: sin embargo, la punibilidad viene excluida cuando la compra –aunque efectuada en modo irregular– haya sido realizada en modalidad no ofensiva para el bien jurídico protegido por la norma penal.

[Pulse aquí si desea consultar el texto en su versión original italiana](#)

BIEN JURÍDICO Y DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Vittorio Manes

RESUMEN: *La tesis de Manes consiste en concebir al bien jurídico no en una dimensión exclusivamente abstracta sino también individual, esto es, que tenga en cuenta tanto el peligro al buen funcionamiento e imparcialidad de la Administración pública como el daño causado al patrimonio de la misma. Como ejemplos de acogida de esta postura por la Corte Suprema de Casación cita, entre otros, los casos del delito de abuso de oficio y de omisión por actos de oficio. En otras figuras delictivas (malversación, corrupción, etc.), sin embargo, no se sigue esta tesis. ¿Qué opciones de reforma propone el autor? Al contrario que algunas propuestas de leyes italianas, dirigidas a ampliar el ámbito de punición del tipo penal, Manes aboga por la puesta en funcionamiento de instrumentos preventivos o sancionatorios pero de otra naturaleza (medidas de interdicción, mecanismos de control, etc.). El trabajo lo concluye abordando un tema de actual discusión en Italia, y es la necesidad de codificar un principio general de ofensividad del ilícito penal como límite externo del área de lo penalmente relevante, que Manes rechaza por entender que no tendría eficacia operativa. Igualmente aborda el problema de la exigüidad del hecho, esto es, un hecho lesivo pero de nivel tan exiguo o mínimo que pretende ser penalmente irrelevante. Aquí el autor, en cambio, se muestra partidario de la codificación de una cláusula de exigüidad como causa de no punibilidad, que no se haría en sede de parte general sino como una cláusula ad hoc para cada disposición o sector de la disciplina.*

PALABRAS CLAVES: *Administración pública, malversación, cohecho, tráfico de influencias, bien jurídico, principio de ofensividad, principio de exigüidad*

FECHA DE PUBLICACIÓN EN RECPC: *19 de febrero de 2000*