

# BIEN JURÍDICO Y REFORMA CONTRA LOS DELITOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Dr. Vittorio Manes  
Universidad de Bolonia

## 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 italiano.

De la aparición de la corrupción como fenómeno sistémico, a la consideración creciente de las patologías de la acción administrativa en todos sus aspectos (prevaricación, abusos en el ejercicio de la función, malversación, omisiones de los deberes de oficio o cargo), la problemática está, sin embargo, encuadrada casi exclusivamente desde una perspectiva de política criminal, y las opciones avanzadas reflejan condicionamientos a menudo sometidos a exigencias represivas; lo que, a su vez, no permite siempre una adecuada ponderación de las peculiares exigencias dogmáticas de la materia.

Entre éstas, principalmente aquella 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 amparar la articulación de la función pública, que se promete asegurar conforme al 'buen funcionamiento e imparcialidad' –las expectativas institucionales sobre el actuar de los aparatos estatales–, las líneas directrices de la reforma debería estar dirigidas hacia el progresivo abandono de una dimensión exclusivamente abstracta del bien jurídico (tomado como bien jurídico genérico) y la correspondiente ganancia progresiva a favor de una dimensión, en cuanto sea posible individual, particularista, del objeto de tutela, reconstruido con líneas específicas según cada norma. O sea, debería siempre estar 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 tutelado, referido 'a la medida del hombre', permitiría pasar de una óptica formalista, a menudo demasiado 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– deberían también 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 del tipo penal, donde principalmente surge la "cara funcional" de la tutela, parece recientemente haber también recogido confortantes consensos de legitimidad por parte de la jurisprudencia.

Un primer ejemplo se tiene en el delito de abuso en el ejercicio del oficio o cargo (art. 323 del Código penal), 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 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 vienen atribuidas personalmente a ésta (2).

También en tema de omisión por actos de oficio o cargo (art. 328 del Código penal) se encuentran afirmaciones jurisprudenciales dirigidas a definir el objeto de la tutela 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 rol 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 tutela al interés del ciudadano particular que formalmente se dirige al funcionario público (o al encargado del servicio público) en petición de cumplimiento de un acto de su oficio o cargo y, en cualquier caso, de respuesta para conocer las razones del retraso, fijando una plazo temporal (30 días) y formal (demanda en forma escrita), unidos a la recepción de la demanda misma por parte de 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 una consiguiente interpretación formalista del tipo penal.

Este compartido trend sobre una interpretación sustancia del tipo penal no es, sin embargo, constante ni común a todos los tipos penales.

Ejemplos vagos se recogen como muestra en tema de malversación (\*), donde si alguna vez se abraza la óptica de la pluriofensividad (tutela, ya sea del bien abstracto del buen funcionamiento e imparcialidad de la Administración pública, ya sea del patrimonio de la misma) para excluir la ofensividad (o la misma tipicidad) de la conducta de apropiación de cantidades pequeñas, 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 ven en la jurisprudencia, a menudo, 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 o cargo podría constituir corrupción punible porque es, en cualquier caso, 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 tanto una regresión de la tutela por apoyarse en la simple 'venalidad del oficio o cargo', como un distanciamiento del precepto por sostenerse en la mera prohibición para el funcionario público de aceptación de dinero o favor indebido.

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 puede compartir la opción de una ulterior extensión del tipo penal, recogido además de forma avanzada por algunas recientes propuestas de leyes italianas, dirigidas a eliminar el requisito del 'acto de oficio o cargo', 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 (5).

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 u oficio, de la calificación pública, que no de la efectiva corrección en la actividad desarrollada.

Además, una reforma de este género significaría buscar la solución del problema extendiendo el área de 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 pretende actuaciones siempre más ávidas.

La lógica es clara, y responde al criterio del '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 trágica, etc.) (6).

En definitiva, retomando el punto de partida de Marinucci (7), 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 fantasma totalmente 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 influencia, norma huidiza a nivel de objetividad jurídica (8), 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 abusa también 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 propia ratio essendi, porqué 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 rol público relevante a los fines de la emanación del acto.

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

Sobre estas reformas deberíamos proceder con ponderación y cautela, una reforma capaz de dar claridad sobre el 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, 'constrañe' al particular a dar dinero o favor no debido. Sólo la restricción del tipo penal a la sola conducta de constrañimiento, en efecto, permitiría centrar el fulcro de la tutela en una dimensión claramente individualista, que valorase el perjuicio para la libre autodeterminación de cada uno, así como que justificara una diferencia en términos de pena respecto de la corrupción. No es un caso aislado el que la conducta de inducción (o de solicitud, 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 (9) 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 ómnibus 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, destaca el debate sobre la codificación de los principios, en sede de 'Parte general', que valorizan 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) (10).

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.

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.

Como es notorio, el objeto privilegiado es, en primer lugar, los delitos de bagatela; y una cláusula que dé relieve (pro reum) a la exigüidad del hecho viene mercedamente asumida como necesaria garantía de la satisfacción de la instancia de la subsidiariedad a nivel judicial (11).

Es, sobretudo, esta segunda perspectiva la que interesa al campo objeto de esta breve investigación, porque si 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, peligro abstracto, y por 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 puedan bajar hasta niveles de ofensividad verdaderamente marginales (tipicidad y ofensividad, pero muy reducidas).

En estos casos, una cuestión situada en la perspectiva de la carencia de ofensividad de la conducta estaría, a mi parecer, hasta mal puesta. Porque un problema en términos de ofensividad ni se plantea. La problemática se mueve sobre planos diferentes.

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 nuestros principios del 'buen funcionamiento e imparcialidad de la Administración pública'), la codificación de un principio general de ofensividad no produciría ventajas considerables. 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) (12); 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 en el ejercicio de la función o cargo’)— pueden seguramente asumir forma de bagatelas; y debe subrayarse que aquí no se trata de delitos estructuralmente de bagatela, sino de tipos penales contramarcados 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 en el ejercicio de la función o cargo, o de omisión de actos en tal ejercicio, como también en los casos de malversación de sumas ‘banales’, 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) (13).

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

Las dos soluciones pueden parecer posibles.

Sin embargo, a mi parecer, 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 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 necesario siempre decidir a cual de los dos bienes se le debe dar relevancia en el caso concreto. El problema es notorio: el ejemplo, ya señalado, de la malversación (‘peculato’) integrada por una apropiación de una suma exigua, 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 el patrimonio de la Administración pública un relieve preeminente, seguramente no incidido por una apropiación escasamente significativa.

Como alternativa a una solución generalizada, 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:

Ante todo garantizaría un seguro carácter operativo de la cláusula misma en el caso concreto.

En segundo lugar, aun siendo un perfil de extrema importancia, 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 el estado de work in progress.

En el proyecto de reforma de la norma sobre el abuso en el ejercicio de la función o cargo, 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, abuso en el ejercicio de la función a los fines patrimoniales, en 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 suma determinada (en liras diez millones), siempre que el daño mismo fuese reparado enteramente.

Otra disposición del mismo proyecto consideraba no punibles los hechos de abuso en el ejercicio de la función o cargo hasta cuando los mismos (los actos administrativos) no hubiesen producido efectos externos a la Administración pública (14); consideraciones similares a aquella alcanzada, motu proprio, por la reciente jurisprudencia en tema de omisión de actos en el ejercicio de la función o cargo, 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 caracterizar ('scandire') la actividad interna de la administración (15).

Sobre la influencia de una eventual cláusula de no punibilidad respecto a la identidad del bien jurídico en juego piénsese en otro ejemplo.

Incluso, en la misma perspectiva se mueve una norma especial del Código penal alemán en el tema de corrupción propia (rectius, de indebida aceptación de dinero o favor) pasiva (en el caso de la autoridad o funcionario público que acepte) y activa (en el caso del particular que ofrece), donde si prevé una causa de no punibilidad por el delito cometido tanto si el funcionario público que acepta ha obtenido de su superior jerárquico la previa autorización para aceptar el dinero (o el favor), como si también sucesivamente ha dado comunicación inmediata a la misma. Lo que, con referencia al bien jurídico tutelado por esta norma, podría llevarnos a reconocer también un papel preeminente a la transparencia de la acción administrativa.

Naturalmente, las hipótesis señaladas tienen un valor meramente ilustrativo, y la referencia prescinde de un juicio de valoración positiva sobre las mismas. Se necesitaría un análisis meditado sobre los intereses a los que dar preeminencia en las hipótesis específicas de delito, ojalá reunidas en grupos, la tarea de individualizar las hipótesis de exigüidad de la ofensa más dignas de consideración, definidas ya a nivel legal, como aquellas centradas sobre el perfil cuantitativo de la ofensa o cualitativo del hecho, o sea 'vinculadas' ('agganciate') a parámetros fijos, o bien abiertos a una ulterior valoración judicial, como aquella modulada 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.) (16).

A una propuesta como ésta podría objetársele que constituye un exceso casuístico (17), o hasta una injustificada consideración particular de cierta 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 correctamente resuelta 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' (18)– 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. (19)

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 en modo, por supuesto, diferenciado, y no se puede sin embargo tomar conciencia del hecho ('prendere atto del fatto') 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 y elevaría de todos modos el margen de discrecionalidad alimentando –al menos frente a bienes jurídicos pluriofensivos– una sensible disparidad en el tratamiento, la codificación de cláusulas de exigüidad particulares ('decentrate') permitiría alcanzar un doble efecto sin pasar por una improbable, cuanto dificultosa y necesaria, reforma de la parte especial.

#### **Notas :**

(\* ) Comunicación presentada en las Jornadas de Derecho Penal sobre "Reflexiones dogmáticas y político-criminales sobre la Parte general y especial del Derecho penal", celebradas en Granada del 16 al 19 de noviembre de 1999. Traducción literal, aprobada por el autor, de Herminio Ramón Padilla Alba, Profesor Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba.

(1) En particular, hoy más que nunca está viva la exigencia de evitar –en la elección del paradigma sobre el que conjugar la afirmación penal– huidas hacia lo alto (que tienen el inconveniente de principios demasiado generales) y solicitar, sin embargo, un empuje hacia lo bajo, guiado por la trama no de unos principios generales sino de una reglas concretas (que constituyen el apéndice operativo de los mismos principios); en la actuación de los principios se juega, en efecto, la fundamental elección política del legislador, y el juez no puede entrar de nuevo en la discusión a través de una interpretación per saltum que lleve 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 para ser tomados, como criterios de valoración de la violación de la ley típica del reformado tipo penal de abuso en el ejercicio del cargo o función, los principios del art. 97 de la Constitución italiana, considerados demasiado generales (porque se trata precisamente de principios y no reglas: cfr. nuestro comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 4 diciembre de 1998, Tosches, en Foro it., 1998, II, p. 390, donde también hay un comentario de La Greca).

(2) Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 3 marzo de 1999, Inchingolo, en Guida. dir., n.º 15, pp. 57 y ss., en donde, en efecto, se le reconoce al particular la legitimación para oponerse a la petición por parte 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" (peculado), 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, donde se afirma que la exigüidad de la suma sustraída en el delito de malversación ('peculato') no excluye el delito, porque de cualquier modo 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 afirmaban la irrelevancia penal de sustracciones exiguas; en este caso, entonces, la perspectiva es exclusivamente la institucional.

(5) Sobre las problemáticas relativas a la actual desvaloración del acto de oficio o cargo en los delitos de corrupción, también con referencia a las propuestas de reforma que lo querrían 'elidir', nos permitimos reenviar a un trabajo nuestro precedente, "La rilevanza del'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione", en Riv. it. dir. proc. pen., 1999 (actualmente en imprenta).

(6) *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.

(7) Así Marinucci, en su intervención en el debate sobre la Relación de la Comisión Ministerial para la reforma del Código penal (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.

(8) Opinión radicalmente opuesta en las afirmaciones provenientes del 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 del 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.

(9) Una ulterior opción que merece consideración es aquélla 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 aquélla 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.

(10) Sobre esto, vid. la "Relación de la Comisión Ministerial para la reforma del Código penal", citada en la nota 7, publicada en RIDPP, 1999, pp. 600 y ss.

(11) Sobre esto, Donini, Teoría 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, cuando menos, la conducta ex ante, debiéndose recurrir a formas de peligro abstracto, los principios de proporción y subsidiariedad imponen al menos demandar al juez la exclusión no sólo de los comportamientos probadamente inofensivos, sino también la de aquellos de extrema exigüidad lesiva" (*ibídem*, p. 244).

(12) Si bien, como se ha anticipado, el legislador podría empeñarse en una descripción más vecina 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 en el ejercicio de la función o cargo.

(13) 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 Relación de la Comisión Ministerial citada (§§ 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 'mayor' en el sistema penal alemán en los §§ 153 y 153ª del StPO

en tema de archivo de las hipótesis de bagatela, es retomado entre las modificaciones procesales que vendrían a acompañar la introducción del juez monocrático de primer grado (ley C4625).

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).

(14) Es indiferente, a los fines de nuestra breve investigación, la cualificación que pueda darse de estas dos hipótesis: ambas pueden ser consideradas condiciones que fundamentan la punibilidad o bien simples causas de no punibilidad.

(15) Siempre en tema de omisión de actos en el ejercicio de la función o cargo, 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 Riv. Pen., 1999, pp. 41 y ss.: "A los fines de la configuración del delito de omisión ('rifiuto') de actos en el ejercicio de la función o cargo, en la hipótesis prevista por el artículo 328, párrafo segundo del Código penal, es necesario que el acto en el ejercicio de la función o cargo 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. Ello consigue que no toda petición del acto por parte del particular sea 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 ('silenzio rifiuto') 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 ('messa in mora') 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".

(16) 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, 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.

(17) Así Fiore, "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.

(18) En el contexto del debate general sobre el futuro del Derecho penal, y respondiendo a las tesis 'neoretribucionistas' (Naucke) y 'neoliberales' (Hassemer) 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.); en la doctrina italiana, el debate ha recibido la atenta mediación de Donini, "La riforma della legislazione penale complementare", cit., p. 24.

(19) 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, citadas en el trabajo de Donini (op. cit., p. 245, nota 78): daño patrimonial de especial tenuidad en los delitos que lesionan ('offendono') 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 Código penal); hecho de leve

entidad en la posesión, cesión, etc., de estupefacientes (art. 73, párrafo quinto, del DPR 309/1990); participación de mínima o leve entidad en materia de armas (art. 5 de la Ley 895/1967); daño patrimonial de especial tenuidad en la quiebra y en el recurso abusivo al crédito (art. 219 del CPV).

La posible consideración diferente de la concreta ofensividad o de niveles de exigüidad de determinadas conductas como presupuestos para la misma punibilidad encuentra hoy confirmación 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 *La riforma delle società quotate*, una obra de F. Bonelli-V. Buonocore-F. Corsi-R. Costi-P. Ferro- Luzzi-A. Gambino-P. G. Jaeger-A. Patroni-Griffi, *Actas del Convenio de Santa Margherita Ligure*, 13/14 de junio de 1998, 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 que 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 ('punita') 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.