

**LA TUTELA PENAL DEL CORRECTO
FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN.
CUESTIONES POLÍTICO CRIMINALES, CRITERIOS DE
INTERPRETACIÓN Y DELIMITACIÓN RESPECTO A LA
POTESTAD DISCIPLINARIA**

Adela Asua Batarrita
Catedrática de Derecho Penal
Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL. 1. El fenómeno de la corrupción en el ejercicio de funciones públicas. Diferencias en las modalidades de aparición. 2. El significado de la corrupción en el marco constitucional. La óptica del perjuicio a las expectativas de los ciudadanos. A. Objeto de tutela penal: De la teoría del "deber de lealtad y probidad" a la tutela de las expectativas de los ciudadanos al correcto funcionamiento de la Administración. B. Bien jurídico y daño social: las propiedades que informan el funcionamiento correcto de la Administración y la confianza pública. 3. La tutela penal como "última ratio" en el elenco de instrumentos de control de la Administración. II. LOS DELITOS PROPIOS DE FUNCIONARIO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1995: UN SISTEMA MIXTO DE AGRUPAMIENTO Y DE DISEMINACIÓN DE PREVISIONES. 1. Sistema básico: delitos que afectan a aspectos fundamentales del funcionamiento de la Administración en sus servicios y actuaciones. A. "Delitos contra la Administración" (Título XIX). B. Delitos que comportan lesión de derechos constitucionales individuales (Capítulo V del Título XXI). 2. Dispersión de previsiones junto a delitos comunes. 3. Pautas de interpretación para delimitar el ámbito de las figuras delictivas y resolver el solapamiento de previsiones. A. Criterios de delimitación de la conducta típica en delitos "contra la Administración". B. Concurrencia de previsiones penales. El principio del *ne bis in idem*, concurso de leyes y concurso de delitos. III. ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO. 1. Ius puniendi estatal. Sanciones penales y sanciones administrativas. 2. El principio "non bis in idem". La prohibición de doble sanción. A. Contenido básico. B. La prohibición de *bis in idem* y la preeminencia del orden penal. 3. *Non bis in idem* y relaciones de sujeción especial. 4. El estrecho campo de compatibilidad de doble sanción penal y disciplinaria de funcionarios. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La atención que en la actualidad suscitan los delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas ha conducido a situar las medidas de "lucha contra la corrupción" como materia prioritaria en las agen-

Actualidad del
interés por el
fenómeno de la
corrupción

Sospecha de amplitud de prácticas de corrupción

das de la mayoría de los países de nuestro entorno. Numerosas declaraciones y propuestas de organismos internacionales se pronuncian en el mismo sentido.

La década de los 90 ha sido escenario del desvelamiento, en numerosos países próximos y claramente en el nuestro, de escandalosos casos de enriquecimiento privado de políticos o altos funcionarios que se aprovecharon de su posición ventajosa derivada de su función y responsabilidades públicas. Si los casos descubiertos fueran una excepción aislada, no se explicaría las dimensiones de la preocupación actual. EL problema reside en la sospecha fundada, o en la constatación en ciertos sectores, de que las serias irregularidades constituyen prácticas admitidas como códigos paralelos de conducta de aceptación común (1). La extensión de la intervención de los poderes públicos en la actividad económica, su papel de poderoso agente económico que contrata, distribuye, autoriza o concede servicios y prestaciones, inevitablemente conforma un escenario de riesgo para la aparición de presiones y connivencias ilícitas.

Medidas contra la corrupción en numerosos países del entorno

Los casos desvelados afectan también a países de tradición democrática donde la corrupción era considerada propia de coyunturas políticas o de tradiciones culturales lejanas. Alemania, por poner un ejemplo, se encuentra en la actualidad en plena campaña de reestructuración de los controles habituales en esta materia, como lo muestra el reciente Proyecto de "Ley de lucha contra la corrupción", entregado al Parlamento en diciembre de 1995. En Gran Bretaña, el Primer Ministro encarga en 1994 a un Comité la elaboración de un estudio sobre la Corrupción y propuestas para su erradicación. En 1995 se publica el conocido como "Informe Nolan" (nombre del Juez presidente del Comité), de gran impacto político, donde las propuestas se orientan hacia la creación de un código deontológico de los empleados públicos, entre otras medidas. En Francia, la ley de 29 de enero de 1993 "relativa a la prevención de la corrupción y a la transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos" es a su vez fruto de las propuestas presentadas en el amplio "Informe sobre la Corrupción" elaborado por la "Comisión para la prevención de la corrupción" nombrada al efecto. En Italia, donde los efectos devastadores de la corrupción política —la "Tangentopoli"— son de sobra conocidos, se promulga en 1993 el "código de comportamiento de los empleados de las Administraciones públicas" (2).

(1) Cfr. DELLA PORTA, D./MENY, Y., *Démocratie et corruption en Europe*, Paris 1995, 9 ss.

(2) Decreto 31 marzo 1994, Ministro per la Funzione Pubblica. A la vez, el Gobierno elabora un Proyecto de ley destinado a agilizar los innumerables procesos por corrupción a través de la posibilidad de importantes rebajas de pena por restitución del dinero objeto de corrupción, y de sustitución de penas

En nuestro país, como es sabido, en abril del pasado año (L.10/1995) se creó la "Fiscalía Especial para la represión de los Delitos económicos relacionados con la Corrupción" y en ese mismo mes se aprobaron a la vez tres leyes dirigidas a extender la transparencia en la gestión pública: la ley de fondos reservados, la ley de contratos del Estado, y la ley de incompatibilidades de altos cargos.

Mayor relevancia adquiere el fenómeno de la corrupción cuando se inserta en los intercambios con países en vías de desarrollo o en situaciones políticas y económicas críticas. Desde determinadas posiciones del liberalismo económico o desde las teorías funcionalistas se ha relativizado la nocividad de la corrupción como algo inherente a la evolución hacia el desarrollo industrial (3). Esta apreciación, que sin duda se basa en la aceptación de una realidad histórica extendida, no puede conducir a una resignación ante los efectos devastadores de la corrupción para grandes capas de la población de aquellos países. La realidad de los mayores peligros de perversión de los poderes públicos en estas situaciones no excluye la necesidad de extremar precisamente las medidas para evitar o reducir su aparición, pues admitiendo la imposibilidad de erradicación total de los abusos, debe reconocerse que los niveles de abusos pueden reducirse de forma considerable. Organismos internacionales como las Naciones Unidas se han hecho eco repetidamente de esta situación dirigiendo numerosas Recomendaciones en la línea de prevención y control de la corrupción, entre las que cabe destacar la Declaración de la Habana de 1990, entre otras. En el mismo sentido el Consejo de Europa (Malta junio 1994, Resolución de la Conferencia de Ministros de Justicia), el grupo de los "7 Grandes" en la cumbre celebrada en junio del presente año 1996, insistía en la propuesta ya formulada por la OCDE unos meses antes, dirigida a comprometer a los Estados en la incriminación penal del cohecho activo en las relaciones comerciales internacionales.

Corrupción en las relaciones con los países en desarrollo

1. El fenómeno de la corrupción en el ejercicio de funciones públicas. Diferencias en las modalidades de aparición

Sin embargo es sabido que la corrupción no es un fenómeno característico de nuestro tiempo o desconocido en otras épocas. Séneca ya advertía que el fenómeno no es otra cosa que "un vicio de los hombres, no un vicio de los tiempos". El efecto corruptor del dinero,

La corrupción no es un fenómeno nuevo

de prisión. Cfr. ZANCHETTA, P.L. *Tangentopoli* entre perspectivas políticas y soluciones judiciales, en AAVV. *Corrupción y Estado de Derecho*, p. 97 s.

(3) Cfr. LUCHINNI, *Universalisme et relativisme dans l'approche de la corruption. Reflexions sociologiques*. En BORGHI/MEYER-BISCH, *La corruption*, p. 47 ss.

del poder, del afán de prestigio, es una permanente de la historia, como es consustancial a la condición humana el conflicto de intereses, e inseparable de la organización social la aparición de conductas divergentes de las pautas normativas.

Un cierto grado de corrupción latente es inevitable en todo sector de actividad, también lógicamente en la actividad institucional. La falta de respuesta adecuada y la concurrencia de mayores "tentaciones" de pervisión de lo público en beneficio de ganancias privadas (económicas, de poder o de prestigio) pueden facilitar la extensión de prácticas ilícitas hasta convertirse en endémicas, lo cual supone ya una deslegitimación institucional, por cuanto supone una lesión sistemática de las expectativas de tratamiento igual y objetivo conforme a intereses generales.

Lo que varía en función del momento histórico y cultural es la forma de reaccionar ante este fenómeno, y la mayor o menor eficacia en el empeño. Para la prevención de tales conductas, la primera condición necesaria es la valoración de tales prácticas como un mal social. Una percepción que depende de la concepción política de cómo debe distribuirse, organizarse y controlarse el poder en la sociedad, y en nombre de quien o a favor de quién se administra. Únicamente 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 contra la corrupción. Únicamente una organización estructurada conforme a las exigencias del Estado de Derecho, bajo el imperio de la ley como "estructura de hierro ineludible del gobierno democrático" (GARCÍA ENTERRÍA, *Democracia*) puede garantizar la detección de las desviaciones de poder.

La demanda del debido control por parte de la ciudadanía, constituye un síntoma de salud democrática. La fortaleza de la democracia es la que permite la persecución de la corrupción en todos los niveles donde se produzca, algo imposible en un sistema autocrático o de privilegios. La percepción generalizada de la intolerabilidad de supuestos de corrupción, el sometimiento al escrutinio público de las acciones de gobierno, indican la superación de resignaciones cautelosas de secular tradición. Los medios de comunicación han favorecido la transparencia y la denuncia de abusos; sin duda la rentabilidad política en ocasiones alimentada por dosis de demagogia también se encuentra a menudo en la base de campañas anti-corrupción.

Dejando de lado otras clasificaciones sobre la corrupción privada o pública, social, económica o política, que en la realidad se manifiestan como un "continuum" (ANDRÉS IBÁÑEZ), nos centraremos en aquella que implica al funcionamiento de una administración pública. A este respecto puede diferenciarse aquella corrupción individualizable o esporádica, de la "corrupción objetiva" (NINO) alojada

como código paralelo en la determinación de las expectativas de funcionamiento de las Administraciones públicas. Como señala CACIAGLI, en la corrupción como caso individual el intercambio de favor por dinero se conforma como una relación horizontal, sin caracteres de permanencia. Una dimensión distinta caracteriza la prestación de favores en relaciones de desigualdad propias de estructuras de clientelismo, donde la jerarquía y la "fealdad" a quien ostenta el poder puede llegar a infectar seriamente el funcionamiento institucional. La inserción de la dinámica clientelar en el sistema público conduce a una peligrosa adulteración de su legitimidad pervertida ésta en su función de servicio al interés general. La concentración de poder y su opacidad, caldo de cultivo para los sistemas corruptos, es incompatible con las premisas democráticas; si éstas no tienen virtualidad para desalojar de su seno tales prácticas, éstas acabarán con la credibilidad del estado de Derecho.

El hecho de que los "sistemas corruptos" sean propios de regímenes autocráticos no excluye la pervivencia o la aparición de rasgos clientelares en el seno de las democracias. La importante intervención de la Administración en la vida económica ofrece un escenario tentador para nuevas formas de delincuencia sofisticada, que puede adoptar formas de organización internacional especialmente amenazante. Los instrumentos de control en estos casos requieren una cooperación interestatal en la persecución y en la obtención de los elementos probatorios pertinentes. En esta línea trabajan en la actualidad numerosas comisiones e instituciones supraestatales.

En cuanto al significado de la corrupción, los medios de comunicación y la literatura sociológica tienden a identificarla con operaciones movidas por el afán de beneficio económico directo o indirecto. La perspectiva jurídica necesariamente debe ser más 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.

Sin ignorar los escándalos conocidos, también puede afirmarse que en los sistemas democráticos los casos más serios de corrupción se presentan en los niveles altos y medios de la clase política con más frecuencia que en los niveles estrictamente burocráticos del funcionamiento (GARCÍA ENTERRÍA, *Democracia*). La necesaria revisión del sistema de financiación de los partidos políticos y de los mecanismos de selección del personal de confianza, o de miembros de Comisiones de control, son temas estrella en el debate contemporáneo de la ciencia política, que sobrepasan el objetivo de la presente exposición. En todo caso, la responsabilidad penal que pueda derivarse en relación a tales escándalos, pasa por su encuadramiento en los tipos penales correspondientes, en general de delito contra la Administración, que son los que van a constituir el objeto de exposición en nuestros comentarios.

Peligro de la corrupción endémica

Lo que distingue a cada sociedad es la forma de reaccionar a la corrupción

Diferentes manifestaciones: el caso individual y la corrupción endémica

Rasgos de clientelismo en los sistemas democráticos

Corrupción en sentido amplio, no sólo por beneficio económico

2. EL significado de la corrupción en el marco constitucional. La óptica del perjuicio a las expectativas de los ciudadanos

Significado de los delitos de funcionarios desde una nueva concepción de la Administración

Cada cambio en la concepción del Derecho Público, y del papel de las Administraciones públicas conforme a un nuevo marco constitucional, repercute en la comprensión de los delitos de funcionarios, como materia impregnada de una concreta articulación jurídico-política de los poderes públicos. Ese cambio incidirá en la interpretación de las conductas delictivas en esta materia, particularmente en el entendimiento del objeto protección o "bien jurídico" penalmente tutelado, cuya lesión o puesta en peligro constituye el fundamento de la incriminación penal. La distinta concepción de las instituciones públicas y de sus cometidos debe proyectarse tanto en el nivel legislativo, esto es en la decisión de incriminación penal de conductas lesivas para la convivencia, como en el nivel de la interpretación de las figuras legales concretas. Esta tarea no resulta sin embargo sencilla como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de las distintas sesiones de este Curso. EL recién estrenado nuevo código penal de 1995 presenta importantes novedades en el intento de acomodación a los parámetros constitucionales, pero mantiene arcaísmos y defectos largamente denunciados por la doctrina en la materia que nos ocupa. Por otro lado, los esfuerzos de la doctrina y jurisprudencia por actualizar la interpretación requieren un tiempo de elaboración y asentamiento para poder ofrecer una argumentación coherente ante la nueva sistematización —y dispersión— de los delitos relacionados con la actuación de los funcionarios públicos.

Carácter instrumental de la Administración

La acomodación general de las Administraciones públicas al nuevo marco político y organizativo instaurado por la Constitución de 1978 se ha venido produciendo paulatinamente. La inercia propia de las dimensiones de la burocracia institucional requiere su tiempo para ese ajuste a los nuevos parámetros constitucionales. Como establece la exposición de Motivos de la LPC de 1992, que ha venido a adaptar el Régimen Jurídico de las AAPP a la Constitución, "La Constitución de 1978 alumbró un nuevo concepto de Administración, sometida a la Ley y al Derecho, acorde con la expresión democrática popular. La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos, y la responsabilidad política del Gobierno en cuanto que es el responsable de dirigirla". Por ello, la Administración pública y su régimen jurídico debe acomodarse "para integrarse en la sociedad a la que sirve como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos". Un cometido promocional derivado de la conformación como Estado (social).

Los derechos subjetivos de los ciudadanos como fundamento

Más allá de la prestación de los servicios de interés general, las instituciones públicas a través de sus agentes, los funcionarios en

sentido amplio, se convierten en garantes de la viabilidad del ejercicio de los derechos fundamentales. Una legitimidad basada en la creación de esas condiciones que garanticen el disfrute y desarrollo de los derechos fundamentales de todos, a través de las diversas competencias que se atribuyen a los diversos órganos e instituciones. Puesto que tales derechos son los verdaderos "fundamentos del orden político y de la paz social" según reza el art. 10.1 de la Constitución, los derechos subjetivos de los ciudadanos se insertan como elemento nuclear último de la legitimación institucional, y por ello también de la actuación de los poderes públicos "administrativos" (GARCÍA ENTERRÍA, *Democracia*).

Esta concepción de la Administración explica que en la actualidad la desviación de aquellos fines que la legitiman, o la alteración grave de los procedimientos que garantizan el acceso a los bienes sociales en condiciones de igualdad, merezcan el calificativo de corrupción, y que ésta sea considerada un atentado a los "derechos humanos" (BORGHI/MEYER-BISCH). Una afirmación por otro lado nada nueva si recordamos el preámbulo de la declaración revolucionaria francesa de los "Derecho del hombre y el ciudadano": "...considerando que la ignorancia, el olvido y el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos...". La Corrupción modifica sobre todo las reglas de juego, la "igualdad de oportunidades", al generar una desigualdad oculta y los mecanismos perversos para su desarrollo (BORGHI).

La legitimidad institucional de la Administración deriva por tanto de sus FINEs y de su sometimiento al Derecho, con objetividad, imparcialidad, eficacia. Su papel fundamental como garante de condiciones de disfrute de derechos, y de ordenación armónica de intereses contrapuestos de acuerdo con la ley, en garantía de seguridad jurídica, le conforma como una institución decisiva para la convivencia pacífica, dentro del propio dinamismo social en el que la conflictividad es inherente a las relaciones humanas.

Del sometimiento a los fines y procedimientos establecidos, y de su eficacia en los objetivos y en el respeto a las garantías deriva su "prestigio" —o desprestigio— y la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas, condición necesaria para lograr la aceptación, credibilidad, y la asunción de sus actos y disposiciones.

A. Objeto de tutela penal: De la teoría del "deber de lealtad y probidad" a la tutela de las expectativas de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración.

Ha sido usual acudir a términos expresivos como la "inmoralidad", la deshonestidad, la pérdida de valores morales cuando no relictuosos, la falta de principios, la codicia, etc., para denunciar en singular al político o al funcionario corrupto, o a su grupo. En la

Legitimación de la Administración por sus fines y su procedimiento

Tradicional apelación a los deberes de lealtad del funcionario

jurisprudencia tradicional la versión del anatema personalizado en el carácter del infractor se manifiesta en los reproches de "falta de probidad", "innobles apetencias", "falta de integridad y rectitud", o al menos "infidelidad al Estado", "deslealtad". Explicaciones que sitúan confusamente la desaprobación en actitudes o tendencias, en calificaciones subjetivizadas que poco dicen de la significación objetiva del hecho para la sociedad, ni de lo que debe constituir el fundamento del reproche jurídico: la nocividad objetiva para las expectativas legítimas de los ciudadanos respecto al funcionamiento de las instituciones bajo el imperio de la ley.

Ambigüedad del criterio del "deber del funcionario"

Las referencias a la deslealtad e infidelidad del funcionario para con el Estado o la Administración resultan demasiado ambiguas si no se conectan a lo que constituye la legitimación de las instituciones democráticas. Desde los parámetros actuales, la tradicional apelación al "deber de lealtad" no puede significar otra cosa que la necesaria sumisión del funcionario a la Ley y al Derecho, en el marco del cumplimiento de objetivos de interés general. Quedan descartadas las "lealtades políticas" a quien decidió un nombramiento de confianza o la fidelidad en la ocultación de prácticas intolerables. Como viene poniendo de relieve la doctrina, las apelaciones a "deberes" de lealtad, evocan épocas pasadas de lenguaje formalista utilizado eufemísticamente desde concepciones autoritarias. El enjuiciamiento penal no se dirige a valorar la "bondad" o "maldad" general de una decisión o de un comportamiento sino su adecuación a los parámetros que deben regir la actividad administrativa. Este es el único patrón de medida de la "moralidad pública", que es la única perspectiva que interesa, porque es la única que garantiza una referencia segura para su control democrático.

Sustitución de la idea del "deber" por la de afectación a derechos o expectativas de los ciudadanos

La tradicional explicación de la "infracción de los deberes del cargo" como núcleo esencial de los delitos de funcionarios, no puede satisfacer las exigencias de un derecho penal cuyo ámbito de incidencia se contrae a la protección de intereses fundamentales que repercutan en las expectativas básicas de los ciudadanos (OCTAVIO DE TOLEDO, ORTS, GARCÍA ARÁN, CONZÁLEZ CUSSAC, VALEIJE, MORALES/RODRÍGUEZ PUERTAS). La infracción de un "deber" de funcionario será relevante a efectos penales únicamente si afecta a las expectativas legítimas de los ciudadanos en su relación con la Administración, sea porque impide o obstaculiza el ejercicio de un derecho concreto, sea porque pone en serio peligro las posibilidades de acceso y participación en el disfrute de servicios o desarrollo de actividades que las instituciones deben garantizar, o en su caso promover.

El modelo constitucional, pauta de referencia

El modelo de Administración consagrado en la Constitución establece el programa básico de lo que "debe ser" el funcionamiento institucional, y por ello la pauta de referencia para delimitar lo que pueda ser el objeto de tutela penal. Desde la vocación de "última

ratio" del derecho penal, como cierre del sistema de controles que operan en cada sector de actividad, la presencia del instrumento punitivo debe reservarse para incidir sobre los supuestos que impliquen agresiones de mayor alcance contra el corazón del modelo.

Las notas esenciales que caracterizan ese modelo vienen explicadas en el art. 103 de la carta constitucional: "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", y actúa "con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho", de acuerdo con los "principios de eficacia jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación". La sumisión al interés general con "objetividad" constituye la nota nuclear que deriva del principio fundamental de "interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos" (art. 9.3). La trascendencia de esta característica se subraya de nuevo al ordenar el art. 103.3 que la ley reguladora del estatuto de los funcionarios públicos recoja "las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".

Los rasgos aludidos que deben concurrir en la actuación de las Administraciones son los elementos definitorios de la "salud" de los organismos públicos, de su capacidad de rendimiento para la satisfacción del interés común, del desenvolvimiento correcto de sus funciones, garantía del desarrollo de los cometidos que constitucionalmente se les asignan.

La adulteración de esas notas definitorias —dicho de otro modo la violación de los principios informantes— conduce a la "corrupción" en cuanto descomposición del organismo público, que a falta de esas garantías de funcionamiento objetivo y conforme a legalidad, se convertirá en instrumento de otros intereses. Intereses que entonces serán los meramente "privados", de individuo o de grupo —crematísticos, políticos, o personales—, en definitiva ejercicio de un "poder" fáctico que se sobrepone al poder legalmente estatuido en la escala que corresponda. El poder del funcionario que tiene la competencia para adoptar o no una decisión o para influir en ella, y que actúa fuera de la legalidad; el poder de quien tiene el dominio o el acceso sobre un determinado campo de información, sobre una forma de ordenar el procedimiento, y que altera las formas o los fines apartando el actuar administrativo de los fines y las garantías procedimentales establecidas.

Desde estas premisas puede afirmarse que la materia necesitada de protección se refiere a la preservación de la forma de actuación de la Administración conforme a sus fines y en el sometimiento a aquellos principios que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia. La jurisprudencia, sobre todo en relación al delito de prevaricación, viene recogiendo en los últimos años, de forma explícita esta nueva perspectiva, insistiendo en que "el bien jurídico protegido es el recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores instaurado en la C.E. y en consideración a los arts. 103 y 106 que sirven de punto de

Intereses generales, objetividad, legalidad, sumisión al Derecho

Corrupción: sustitución del interés público por el interés particular

Precisión del aspecto tutelado según el delito concreto

Los ciudadanos, titulares del interés tutelado

El prestigio y la confianza, efectos del buen funcionamiento

partida para cualquier actividad administrativa" (STS 10.7.1995, n. 798; STS 14.7.1995, n. 877).

Por ello, la doctrina más actual sitúa el objeto de tutela genéricamente en el "funcionamiento correcto de la Administración", si bien debe precisarse en cada caso, según el campo de decisión o actividad que se contempla en la descripción de cada delito, el aspecto concreto de tutela: decisión conforme a legalidad, actuación conforme al fin determinado, observancia de la objetividad, preservación de la imparcialidad en las decisiones, coordinación jerárquica en aras a la eficacia, actuación conforme a garantías procedimentales, etc.

La tutela de la Administración en sus características de actividad, no significa proteger los entes en sí mismos, sino precisamente preservar sus funciones y sus cometidos valiosos para la organización social articulada conforme a la Constitución democrática. La Administración se convierte en un ente necesitado de protección no por constituir parte de uno de los poderes del Estado, sino por constituir instrumento necesario, presupuesto de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos en condiciones de igualdad, transparencia, objetividad, conforme a derecho... etc. Los titulares de ese bien jurídico ahora genéricamente formulado como "comportamiento correcto de la Administración" son 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.

No pueden por ello mantenerse como objeto de protección en sí mismos el "prestigio" de las instituciones, ni siquiera la "confianza" de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de éstas. Las referencias al "prestigio" o a la "dignidad" pueden resultar equívocas si no se les asocia a lo que debe ser la fuente del prestigio institucional, esto es, su adecuado funcionamiento conforme a los parámetros constitucionales. De otra forma se convierten en fórmulas vacías que pueden servir de coartada para defender la intangibilidad de ciertos espacios de poder. El prestigio y la confianza de la generalidad en sus instituciones deben entenderse como efecto derivado del correcto funcionamiento de la actuación administrativa. Un prestigio a costa del ocultamiento de irregularidades, o una confianza del público ignorante de los niveles de corrupción interna, pueden ser funcionales para el desarrollo de un sistema opaco, lo cual precisamente es lo contrario a las exigencias de transparencia y de sumisión a legalidad impuestas por la Constitución. La importancia de ese efecto de confianza en las instituciones debe ser tomada en cuenta para valorar la gravedad de los efectos de la conducta delictiva, pero en sí mismo no es el objeto de tutela en sentido jurídico-penal.

B. Bien jurídico y daño social: las propiedades que informan el funcionamiento correcto de la Administración y la confianza pública

La afirmación de que el objeto de tutela en esta materia debe girar sobre el funcionamiento correcto de la Administración, conforme a las notas constitucionales apuntadas (legalidad, imparcialidad, eficacia, sumisión al Derecho), supone afirmar que se trata de "bienes jurídicos" de dimensión institucional, es decir supraindividual, que se configuran sobre caracteres esencialmente normativos (las propiedades que debe ostentar una institución para cumplir sus fines). La concepción dinámica del bien jurídico, que entiende éste como relación o situación que se recrea continuamente, permite explicar mejor el significado del objeto de la tutela penal cuando se alude a la imparcialidad en las decisiones, a la no comerciabilidad de la actividad pública, a la decisión conforme a Derecho, etc. No se trata de conservar una situación o estado dado, sino de garantizar las propiedades que deben informar la actividad de una institución que continuamente decide, interviene, concede o niega, proyecta y ejecuta. El funcionamiento de la Administración, conforme a las pautas señaladas, constituye un presupuesto necesario en la organización social conforme a la Constitución, un presupuesto necesario para asegurar la igualdad en el acceso a las prestaciones públicas, para asegurar la presencia de una instancia que adopta decisiones en aras del interés común, por indeterminado que resulte como concepto jurídico (Sobre las dificultades de precisión de los "intereses generales" cfr. NIETO 1991).

Las propiedades de objetividad, legalidad, imparcialidad se materializan en las actuaciones y decisiones de los funcionarios (en sentido amplio, del art. 24,2 del c.p.), que son quienes mueven el engranaje administrativo, los garantes de que el funcionamiento concreto sea plasmación de aquellas notas informadoras. Quienes ostentan lo que en derecho penal denominamos "ámbito de dominio del bien jurídico", son esas personas que se insertan en el organigrama de la Administración: de su actuación "desde dentro" depende la preservación o el perjuicio de ese bien jurídico.

Ello no obsta a que "desde fuera", es decir desde particulares ajenos a la función pública se incida sobre el adecuado funcionamiento de la Administración; sus posibilidades pasan por la utilización de un funcionario al que se "convence", o al que se engaña para la alteración de la objetividad o legalidad de las actuaciones públicas. En los delitos de cohecho, tráfico de influencias y revelación de secretos, entre otros, el código penal ha previsto expresamente estos comportamientos configurándolos como delitos paralelos a los "delitos propios" de los funcionarios. En otros casos, la incriminación penal de la participación del "extraneus", se resolverá conforme a las reglas

Bien jurídico supraindividual

Los funcionarios como garantes específicos del funcionamiento adecuado

Bienes jurídicos
institucionales:
características

generales de responsabilidad por inducción, auxilio necesario o complicidad.

En los delitos que afectan a bienes jurídicos supraindividuales la noción de lo que sea lesión o peligro del bien jurídico no puede entenderse como destrucción o inminente peligro de pérdida de condiciones determinadas. Por ejemplo, una decisión arbitraria e injusta —una prevaricación— afecta al funcionamiento conforme a legalidad, pero no implica que la Administración como institución ha perdido su objetividad o imparcialidad. El acto aislado, salvo casos de extraordinaria gravedad, no tiene capacidad para conmovir de forma decisiva el funcionamiento prevalentemente correcto de la institución. Es la reiteración o la frecuencia de esos actos lo que conduce a una perversión importante de las funciones que la Administración debe cumplir.

Al igual que en los ámbitos de la salubridad ambiental, o de la seguridad del tráfico rodado, o de la tutela de las funciones de los documentos públicos, la apelación a las "cualidades" de una organización, situación o sistema es una forma de expresar la vigencia de las condiciones necesarias para el desempeño de sus funciones o fines, en definitiva para la satisfacción de las necesidades de los usuarios del sistema o sector en cuestión. El deterioro institucional proviene de la suma de agresiones o vulneraciones; la necesidad de evitar la extensión de éstas puede requerir la incriminación penal de las conductas que no conllevan una intensa potencialidad lesiva consideradas individualmente, pero que conforme a la experiencia se constata que su propagación conduce a una grave alteración de la institución que pretende protegerse.

Los bienes jurídicos institucionales tienen carácter instrumental en relación a la satisfacción de los intereses que justifican la existencia de la institución que se tutela. La prohibición de alterar las condiciones de un subsistema organizativo que se fundamenta en su finalidad de garantizar expectativas de participación social o de ejercicio de derechos, el bien jurídico así configurado aparece como un adelanto de la tutela en última instancia de intereses individuales. Las nociones de lesión o de peligro para el bien jurídico, que respecto a bienes individuales pueden delimitarse con nitidez, en relación a los bienes de corte institucional no es posible establecer esa diferencia.

El principio de intervención mínima del derecho penal, consustancial a su cometido de ser instrumento extraordinario de control, como "cirugía extrema" en palabras de GARCIA PABLOS, obliga a acudir a criterios complementarios para seleccionar las conductas más graves, ya que su función no puede ser la de mero refuerzo del cumplimiento de una normativa administrativa. La mera infracción o incluso desviación dolosa de la legalidad, debe permanecer extramuros del derecho penal, reservando para éste las desviaciones esencialmente in-

Dificultad de
delimitar ilicitud
penal e ilicitud
administrativa

compatibles con las características que debe presentar el sistema de actuación administrativa.

El entendimiento de que la nocividad de un delito que atenta a un bien jurídico institucional proviene en último término en su idoneidad (abstracta) para afectar eventualmente a una legítima expectativa individual, permite establecer una diferencia entre ambos ilícitos. La conducta penalmente relevante debe ser aquella que genera al menos un peligro para el ejercicio o la vigencia de un derecho subjetivo o de una expectativa legítima de una persona frente a la Administración. Este criterio resulta procedente para delimitar la frontera entre el ilícito penal y el ilícito administrativo y para plasmar el principio de mínima intervención del derecho penal. Parte de la doctrina penalística ha venido proponiendo en esta línea, y concretamente refiriéndose a la prevaricación administrativa, la inclusión, como elemento típico del delito, del resultado de afección de un derecho o expectativa subjetiva de una persona (ROLDÁN, OCTAVIO DE TOLEDO).

La jurisprudencia viene exigiendo de forma reiterada que la conducta típica "afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general". Siguiendo este criterio, los anteriores Proyectos de código penal recogían como requisito típico en la prevaricación de funcionario la causación de "grave daño a la causa pública o a un tercero". En el nuevo código, lamentablemente, se ha prescindido de tal exigencia. No obstante, es de suponer que los tribunales continuarán aludiendo a esta perspectiva sustancial de lesividad para delimitar el campo del delito.

La referencia al daño que una conducta ilícita causa a la "generalidad" puede entenderse de diversas formas, según el campo de incidencia del delito. Puede referirse al perjuicio en el servicio público que quede paralizado o seriamente alterado, o puede entenderse más ampliamente como daño difuso para la comunidad y la causa pública en cuanto erosión de la confianza en las prestaciones que la Administración debe desarrollar. El "daño social", como efecto general derivado de una conducta ilícita suele cifrarse en la pérdida de confianza de los ciudadanos respecto a las posibilidades de disfrute de sus derechos; por ejemplo en relación a otros delitos, el temor a ser víctima de agresión, estafa..., y en consecuencia la autorrestricción de la libertad para "actuar en confianza".

La consideración del "daño social" como efecto derivado de una conducta ilícita, constituye un criterio complementario al de la afección al concreto "bien jurídico tutelado" en la valoración de la necesidad de establecer la prohibición penal sobre determinados comportamientos. Cuando se trata de bienes jurídicos supraindividuales, la consideración del daño social contribuye a fundamentar la conveniencia de la incriminación penal.

La importancia de la "confianza" de los ciudadanos en la Administración, esto es en el correcto proceder de ésta, cobra especial

Afectación a un
derecho
individual

Daño a la
colectividad o a
la causa pública

Daño social

Daño social:
pérdida de la
confianza

significado en el ámbito de las instituciones públicas. La inobservancia de las pautas de adecuado funcionamiento de los poderes públicos cuando alcanzan cierta gravedad, causan un daño social de difícil reparación, al traducirse en desconfianza y desprestigio de los cometidos institucionales. La pérdida de crédito de las funciones públicas favorece la picaresca y la resistencia al acatamiento de las normas administrativas, en cuanto que se extiende la duda sobre el rigor de la propia Administración en el cumplimiento de sus obligaciones. La pérdida de confianza en una institución básica del sistema social favorece la aparición de "servicios paralelos" que servirán a quienes puedan pagar su precio en dinero, o en su caso, en lealtades. La pérdida de confianza en la posibilidad de obtención de las prestaciones debidas por los cauces legales, redundan en definitiva en perjuicio del modelo constitucional, cuyos efectos los sentirán sobre todo aquellos que más necesitan del amparo y las garantías que ofrece ese modelo.

Al igual que ocurre con las personas físicas, las personas jurídicas necesitan también del reconocimiento externo de su capacidad para participar adecuadamente en los intercambios sociales. Una imagen externa convincente es condición necesaria para la aceptación del "producto" que se ofrece. El deterioro de esa imagen, de la confianza que debía inspirar, repercute negativamente en la presencia social de quien ha perdido la confianza pública. La importancia de este factor de la confianza pública, "valor democrático insoslayable" como lo califica GARCIA ENTERRIA, se subraya reiteradamente en todos los informes y proyectos relativos a la lucha contra la corrupción como anteriormente he aludido. La "reconstrucción de la confianza" aparece como objetivo prioritario, lo cual requiere garantizar a la ciudadanía la existencia de medios adecuados de control de las desviaciones.

3. La tutela penal como "última ratio" en el elenco de instrumentos de control de la Administración

La importancia de la erradicación de las prácticas corruptas requiere que los medios para combatirla sean racionales y eficaces. Es sabido que la eficacia no viene determinada por la drasticidad, sino por la oportunidad, la practicabilidad y la inmediatez de la reacción ante una actuación irregular. El elenco de medidas necesarias debe combinar instrumentos de prevención y de represión, de concienciación social, de control interno, códigos deontológicos, medidas disciplinarias y de control jurisdiccional. Al igual que ocurre respecto a cualquier otro fenómeno delictivo, la prevención no puede realizarse sólo desde el derecho penal, sino sobre todo a través de medidas extrapenales. La reducción, o mejor proscripción, de zonas oscuras de transacción o de decisión en el quehacer público es uno de los

medios más eficaces de prevenir el abuso. El instrumento penal puede cumplir su objetivo de inhibición de las conductas delictivas únicamente cuando la intervención punitiva aparezca como verosímil, esto es cuando existen posibilidades de detección, de visibilidad de las conductas delictivas.

La mejor prevención se sitúa en una regulación legal que garantice la transparencia de los procesos decisivos y los criterios que deben informar de manera precisa cada sector de actividad, sobre todo allí donde la incidencia de intereses particulares resulte más peligrosa para la objetividad e imparcialidad de la actuación administrativa. Por ello, el objetivo del correcto funcionamiento de la Administración debe garantizarlo en primer lugar el conjunto legislativo y reglamentario correspondiente que a través de la explicitación precisa de fines y criterios de fundamentación de las decisiones impida la arbitrariedad y garantice la racionalidad de la actuación administrativa.

Los controles jurisdiccionales contencioso-administrativos, concebidos como verdadero control de la legalidad y de la sujeción al Derecho de los actos de la Administración, se extienden hoy a la revisión de la congruencia de los actos discrecionales, superando antiguos "dogmas" de intangibilidad que permitían la pervivencia de espacios exentos de control (T.R. FERNÁNDEZ). La jurisdicción contenciosa renovada desde la perspectiva constitucional, se reclama hoy como verdadero instrumento de tutela judicial de los derechos subjetivos de los ciudadanos frente al poder de la Administración (GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia*).

El control de la legalidad de las decisiones con la consecuencia de la responsabilidad indemnizatoria de la Administración resulta insuficiente para determinados supuestos. Disparar con pólvora del Rey, como dice gráficamente NIETO refiriéndose a la responsabilidad civil de la Administración por el perjuicio derivado de una actuación indebida, no favorece el celo del funcionario. La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios constituye un instrumento idóneo para controlar irregularidades de funcionamiento interno en la coordinación y eficacia de los servicios, y en el sometimiento a las pautas de legalidad. No obstante, el carácter discrecional del ejercicio de la potestad disciplinaria y la ausencia de mecanismos suficientes que permitan la denuncia por el particular, reduce la efectividad de este instrumento de control interno.

Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad disciplinaria se dispone para los "funcionarios" y empleados públicos, categoría que no ostentan —salvo a efectos penales— los cargos electos o por designación. Lo cual no significa que el control penal deba sustituir el control de irregularidades menores, análogas a las que puedan constituir "faltas" disciplinarias de los funcionarios, puesto que por un lado los recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y por otro el control político del grupo o partido al que pertenezca, o en todo caso

Normativa de
transparencia

Control
jurisdiccional
ordinario

Control
disciplinario

Preferencia de
medidas
extrapenales

la pérdida de confianza de los votantes, constituyen medios suficientes de respuesta ante desviaciones de entidad menor.

Ante este conjunto de medidas, el instrumento penal debe reducirse al tratamiento de conductas de gran calado de ilegalidad, aquellas altamente intolerables para la vigencia del orden administrativo conforme a las pautas básicas del sistema constitucional. De acuerdo con el criterio de fragmentariedad y de última ratio del derecho penal, la incriminación penal queda reservada para los hechos que no puedan tratarse de forma adecuada a través de los anteriores instrumentos de control o supervisión. La valoración de lo que no sea adecuado tratar a través de medios extrapenales depende de las tradiciones y prácticas imperantes, como se constata comparando el amplio catálogo de previsiones penales en nuestro código penal en comparación con las de otros países. Como materia constante de tratamiento penal en derecho comparado permanecen la prevaricación y distintas modalidades de cohecho, conductas que por los efectos nocivos externos requieren algo más que una reacción disciplinaria. En estos supuestos, existe acuerdo en considerar que la reacción sancionadora en el seno de la propia Administración sería insuficiente para reestablecer la confianza de la generalidad, dado el menor grado de publicidad y la menor trascendencia de las medidas disciplinarias. La intervención penal como control "externo", impide eventuales solidaridades o corporativas que puedan generar la sospecha de que "ellos se lo guisan ellos se lo comen" como advierte AMELUNG.

Veamos a continuación como ha quedado configurado en el nuevo código penal el sistema de incriminación de conductas relativas al funcionamiento de la Administración, y otras previsiones que afectan a delitos cometidos por funcionarios en abuso de su cargo. Como se comprobará, el principio de intervención mínima no parece haber estado muy presente en este campo.

II. LOS DELITOS PROPIOS DE FUNCIONARIO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1995: UN SISTEMA MIXTO DE AGRUPAMIENTO Y DE DISEMINACIÓN DE PREVISIONES

Los llamados delitos de funcionarios venían manteniendo básicamente su estructura original conforme a aquel diseño del código penal de 1848. Recientemente, en 1991, la introducción (discutible y criticada por la doctrina) del "tráfico de influencias" como delito de nuevo cuño, anticipaba la necesidad de una reforma de mayor profundidad y más meditada para superar los tradicionales defectos de casuismo, dispersión sistemática y solapamiento de previsiones que caracterizaban esta materia.

El código penal de 1995 no ha logrado despejar la mayoría de tales defectos. No obstante presenta algunas novedades en la ordenación

y en la ubicación bajo epígrafes más acordes con las pautas constitucionales de las todavía demasiadas numerosas previsiones de delitos relacionados con el ejercicio de la función pública. La pretensión declarada en la Exposición de Motivos del nuevo código, de lograr un equilibrio entre "el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja" en esta materia se ha decantado por dar satisfacción a las denominadas demandas sociales, que no siempre coinciden con necesidades de tutela penal.

Veamos ahora una panorámica general de ese enorme elenco de figuras que constituyen "delitos especiales propios" de funcionarios, o que recogen el abuso de cargo como cualificación de un delito común. No resulta nada fácil presentar una clasificación ordenada de este conjunto. Por un lado, se presenta lo que podía llamarse un agrupamiento central de la materia relativa a delitos en el ejercicio de la función, que siguiendo la tradición anterior se divide en dos grupos: delitos contra la Administración y delitos de los funcionarios contra los derechos individuales. Este sería el "sistema" de ordenación básico que presenta el código. A la vez, fuera de estos dos grupos, el sistema se complementa con ese conjunto disperso de cualificaciones en numerosas materias para los funcionarios que delinquen abusando de su cargo. La dispersión de tales previsiones conduce a inconsecuencias que ya se habían denunciado respecto al código anterior (BACIGALUPO, ROLDÁN) y que vuelven a repetirse.

Una previsión genérica de la agravación por preavilamiento de cargo, que tuviera el efecto penológico de añadir la inhabilitación o suspensión de cargo público, con duración o intensidad variable en función de la gravedad del delito común, hubiera sido una técnica más sencilla y con prácticamente los mismos efectos penológicos que los previstos para los tipos cualificados por el abuso de cargo.

1. Sistema básico: delitos que afectan a aspectos fundamentales del funcionamiento de la Administración en sus servicios y actuaciones

A. "Delitos contra la Administración" (Título XIX)

(Este es el grupo de delitos que va a ser objeto de exposición en el presente Curso, por lo que remito a las intervenciones posteriores).

Siguiendo con el esquema tradicional, el nuevo código ofrece como bloque básico el Título XIX "Delitos contra la Administración pública", con sus 9 capítulos donde se mantiene la mayoría de los delitos clásicos del código anterior, antes denominados "delitos de funcionarios". Con la nueva denominación se favorece el entendimiento de la lesividad desde la perspectiva de los caracteres del fun-

Mantiene el contenido anterior

cionamiento de la Administración, conforme a las pautas constitucionales. La superación de la idea de la "infracción del deber" como nota definitiva de estas infracciones, facilita asimismo la inclusión de conductas cometidas por los particulares en tanto se orienten a afectar el ejercicio de la función pública en sus notas esenciales (imparcialidad, objetividad, en el delito de cohecho, o de tráfico de influencias, por ejemplo). Otras figuras tradicionales de este grupo, pero de componente patrimonial, malversación, fraude, continúan en el Título, al igual que el delito de "acoso sexual" de funcionario sobre persona que tenga asuntos pendientes en el ámbito de éste.

Delitos en el ejercicio de la función

Elemento común en la mayor parte de las figuras del grupo es el de ejercicio de las funciones del cargo como situación desde la que se realiza la conducta ilícita. EL menoscabo de las funciones de la Administración tiene lugar "desde dentro" y "durante" o con motivo del ejercicio de las propias competencias. No concurre esta nota, lógicamente, en las conductas de los particulares que se incriminan en este Título.

La prevaricación judicial pasa a otro Título

De este conjunto normativo que engloba las figuras más representativas de los anteriormente denominados "delitos de funcionarios", se ha desgajado la prevaricación judicial, que ahora se ubica en el Título XX, "Delitos contra la Administración de Justicia". La prevaricación judicial mantiene la modalidad de comisión imprudente, que respecto a los demás funcionarios o autoridades ha desaparecido en el nuevo código, una cuestión sobre la que la doctrina mantiene opiniones encontradas (crítica la despenalización de la prevaricación imprudente OCTAVIO DE TOLEDO; a favor del nuevo sistema GONZÁLEZ CUSSAC).

B. Delitos que comportan lesión de derechos constitucionales individuales (Capítulo V del Título XXI)

Contra el sistema de garantías

En continuidad con la línea anterior el Título XXI, "Delitos contra la Constitución" dedica un Capítulo específico —Capítulo V— a los "Delitos cometidos por los funcionarios contra las garantías constitucionales". El criterio que unifica este grupo se basa en la lesión concreta de un derecho individual en el marco del ejercicio de la competencia propia de un funcionario que le faculta, dentro de determinadas pautas legales, para limitar o intervenir el ejercicio de aquellos derechos fundamentales. Las figuras delictivas recogen las extralimitaciones y el uso indebido de las facultades correspondientes, lo que constituye lesión del sistema de garantías constitucionales que establecen el estatus del ciudadano frente a los poderes públicos.

Mediando causa por delito

En relación a la afectación a la libertad, o a la intimidad, la conducta típica queda restringida a la realizada "mediando causa por delito" (arts. 530 a 536), fuente de posible limitación de esos dere-

chos (4). La inicial legitimidad de la intervención, o la posibilidad de legitimidad de la misma de haberse respetado determinadas garantías, opera aquí como elemento diferenciador de estos delitos frente a los tipos comunes de detención ilegal, delitos contra la intimidad, allanamiento de morada, ... etc. Cuando el funcionario interviene ilegítimamente sin que medie causa por delito, su conducta se incardina en los preceptos generales de detención ilegal donde se prevé el tipo cualificado para el funcionario que actúe prevaliéndose de su cargo (art. 167, 198, 204).

Se adopta así la opinión doctrinal (MUÑOZ SÁNCHEZ) que mantiene la diferencia cualitativa de estos supuestos, y, en sus líneas básicas, la línea jurisprudencial de los últimos años en la delimitación de las distintas clases de detención ilegal efectuada por funcionario. Como expresa la Exposición de Motivos del código, el nuevo sistema pretende eliminar "el régimen de privilegio que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de derechos y libertades de los ciudadanos" (5).

La previsión específica de la responsabilidad por "imprudencia grave" en el art. 532 —para la detención ilegal y el sometimiento ilícito a incomunicación— enfatiza la obligación de diligencia en el ejercicio de las facultades de intervención sobre los derechos fundamentales. Los supuestos de error de tipo vencible resultan así punibles conforme a este precepto.

Punición de la imprudencia

(4) La limitación al contexto de una "causa por delito", deja fuera otros supuestos de intervención judicial o administrativa sobre la libertad también previstos en las leyes, por ejemplo respecto a enfermos mentales, o en casos de peligro grave de contagio de enfermedades infecciosas, o las previsiones de la ley de extranjería. La detención ilegal por extralimitación en estos casos en principio queda remitida al art. 167, tipo cualificado respecto a las figura básica de detención ilegal realizada por particulares.

(5) No obstante, va a ser necesario afinar la interpretación del ámbito de la conducta típica de los arts. 530 y 534 para que su delimitación respecto a los delitos comunes de los arts. 167 y 198 no reproduzca —aunque sea en menor grado— aquel régimen de privilegio. Parece que la "violación de los plazos y demás garantías constitucionales o legales" indicados en la descripción típica, mediando causa por delito, debe entenderse como infracción formal de requisitos —notificación adecuada, falta de información sobre posibilidad e recursos..., dilación no grave en la puesta en conocimiento del Juez competente—, es decir una violación de las garantías, que de haberse observado permitirían afirmar la licitud de la conducta. Se adopta así la postura doctrinal que considera cualitativamente distinta la detención en estos casos respecto a la detención ilegal común. De todas maneras, llama la atención que la penalidad prevista para la inobservancia dolosa de esas garantías, que abocan en una indebida privación de libertad, es inferior —inhabilitación de 4 a 8 años— a la pena prevista para la prevaricación de funcionario (art. 404, inhabilitación de 7 a 10 años).

En los delitos referidos a la afectación a otros derechos constitucionales —asociación, reunión, derechos de defensa,... u "otros derechos cívicos" (arts 537 a 542)— basta con que el funcionario actúe en el campo de las facultades propias de su cargo.

2. Dispersión de previsiones junto a delitos comunes

La pléyade de calificaciones, o previsiones específicas para cuando determinados delitos comunes (aquéllos de los que puede ser sujeto activo cualquier persona) sean realizados por funcionarios, indica que el legislador aprecia la presencia de un "plus" de gravedad sobre la ilicitud que conllevan ya otros delitos, el abuso o prevalimiento de la condición de funcionario o autoridad para facilitar la comisión aquéllos.

Abuso de cargo fuera del ejercicio del mismo

La mayor parte de todo ese conjunto diseminado a lo largo del código tiene como denominador común el "abuso de cargo", pero en el desarrollo de actuaciones que por su naturaleza nunca podrían ser materia de competencia legítima. Por ejemplo, la tortura; o la interceptación de comunicaciones sin relación alguna con la investigación de un delito. El hecho del abuso o prevalimiento del cargo para poder acceder a la situación que permite la realización del delito, "salpica" a la Administración en su prestigio; erosiona la confianza de los ciudadanos en las instituciones que no han podido o sabido impedir esos abusos de sus empleados públicos; el daño social que producen es por ello similar al de los delitos que afectan de forma más genuina a las propiedades que deben informar la actuación de la Administración. Este efecto nocivo generado por la condición de funcionario del autor, agrava la ilicitud de la conducta, respecto a la cometida por un no funcionario, y fundamenta la incorporación junto a la pena "ordinaria" de prisión o de multa, de la pena de inhabilitación o de suspensión, del cargo público.

Otras figuras recogen actuaciones delictivas en el propio desempeño del cargo, como la discriminación en la prestación de un servicio público, o las prevaricaciones específicas en delitos medioambientales, por ejemplo.

A. Delitos de tortura y contra la integridad moral

La introducción de un título específico de delitos "contra la integridad moral" (título VII), novedad del código de 1995, ha llevado al legislador a ubicar en él el precepto que sustituye al antiguo delito de tortura, situado anteriormente en el grupo de delitos de funcionarios contra los derechos de las personas. Las objeciones presentadas en la discusión parlamentaria, algunas de las cuales proponían su recogida junto a los delitos contra la Humanidad, no prosperaron.

Las diferencias sustanciales en la formulación de la conducta típica respecto al código anterior, pueden explicar esa nueva ubicación. La conducta típica se centra en la práctica de procedimientos de tortura por funcionario público, prescindiendo de la anterior exigencia de que se produjeran en el curso de una investigación judicial o policial. El criterio seguido es el de contemplar junto a los delitos de particulares las actuaciones ilícitas de funcionario que de ninguna manera podrían considerarse como meros excesos o extralimitaciones, sino como graves delitos desde el inicio. Se sienta así una clara diferenciación de lo que es una desviación en el ejercicio de una competencia, y lo que es actuar totalmente fuera del ámbito de competencia, aunque el sujeto utilice o se aproveche la posición en la que se encuentra como funcionario, para facilitar la comisión del delito.

Ampliación de la conducta típica

EL art. 176 mantiene la responsabilidad del funcionario o autoridad que "faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos" en los arts. 174 y 175.

Aun cuando la estructura del título VII parece indicar que el art. 173 —cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona— constituye el tipo básico de los ataques a la integridad moral, y el art. 174 y siguientes serían tipos cualificados, la singularidad de los arts. 174 y 176 no permite tal conceptualización. Se trata de figuras "sui generis" respecto a otras agresiones a la integridad moral. El desvalor de las conductas de tortura se conforma de múltiples planos lesivos. No se trata meramente de un supuesto más grave de trato degradante, sino de una de las más graves perversiones de las garantías del Estado de Derecho, cuyo efecto en el desprestigio y en la pérdida de confianza institucional es gravísimo. Es por ello uno de los delitos más significativos de la lesión al adecuado funcionamiento de la Administración, dimensión que no debe olvidarse aunque en primer plano deba situarse también la lesión a los derechos individuales de la víctima. Esta perspectiva tiene su consecuencia práctica a la hora de determinar la responsabilidad de los partícipes no funcionarios, por ejemplo. De considerar que el art. 174 es un mero tipo cualificado para el funcionario, el particular que participara en un delito de tortura, podría ser inculcado únicamente por el tipo básico del art. 173. La previsión del art. 175, por el contrario, si presenta la estructura de un delito cualificado para el funcionario que atentare contra la integridad moral de una persona, fuera de los casos recogidos en el art. 174.

Art. 174 como delito "sui generis"

B. Otros delitos contra las Instituciones, o contra derechos constitucionales en el título XXI

En el título XXI —Delitos contra la Constitución— junto a las conductas que puedan cometer los particulares, se recogen prohibiciones específicas para autoridad o funcionarios públicos en los arts. 499 y 500 en relación a delitos contra las instituciones del Estado. Asam-

bleas legislativas o Poder Judicial. Por otra parte, aparecen como delitos específicos de funcionarios (o en sus casos específicos para Jueces o Magistrados), la usurpación de atribuciones en sus distintas modalidades, conforme a las previsiones de los arts. 506 a 509.

En materia de derechos fundamentales, la discriminación de prestaciones públicas cometida por funcionarios conlleva también una agravación de pena junto con la inhabilitación, según prevé el art. 511,3.

C. Las prevaricaciones específicas en delitos contra bienes jurídicos colectivos

De forma innovadora, el código de 1995 eleva a la categoría de delito autónomo la participación del funcionario en los delitos relativos a la ordenación urbanística, el patrimonio histórico y el medio ambiente. Los arts. 320, 322 y 329 respectivamente, incriminan al funcionario que "informe favorablemente" en las materias de referencia, "a sabiendas de su injusticia"; e igualmente se castiga a quien de forma individual o colegiada "haya resuelto o votado" a favor de la concesión o autorización de la actividad lesiva para los bienes jurídicos en juego. Además de la pena de prisión o de multa en cada caso, se añade expresamente "la pena establecida en el art. 404 de este código". Esta remisión a la penalidad de la prevaricación, indica que estamos ante una modalidad específica de este delito, referida al sector correspondiente donde se requiere la autorización administrativa. Una prevaricación de contornos más amplios respecto al tipo del art. 404, en cuanto que incluye la conducta del funcionario que "informa", que no es quien "dicta" la resolución de autorización o concesión del proyecto o solicitud en cuestión.

D. Cualificaciones respecto a los delitos comunes contra bienes jurídicos personales

El legislador ha salpicado a lo largo del código numerosas y variadas cualificaciones sobre los delitos comunes contra bienes jurídicos fundamentales como la libertad, o la intimidad. El casuismo y la dispersión en la que aboca este sistema de agravaciones en determinadas materias, termina por presentar incongruencias en las penalidades previstas, diferencias de tratamiento que no parecen explicables, y problemas en la delimitación del concurso de leyes respecto al concurso de delitos, además de otras insuficiencias en materia de responsabilidad de los partícipes no funcionarios.

En lugar de establecer una regla genérica de penalidad referida al abuso de cargo por autoridad o funcionario, que conllevara la adición de la inhabilitación específica a la pena del delito común, el nuevo código establece la técnica de configurar un "delito especial impropio" en paralelo a la conducta típica general, en determinadas ma-

terías. En algunos casos se formula como una simple agravación sobre la conducta básica. La cualificación se traduce por lo general en una elevación de la pena base y en el añadido de la inhabilitación, o la suspensión para empleo o cargo público. Así se establece en los siguientes grupos de delitos:

- Delitos de detención ilegal (art. 167), de descubrimiento y revelación de secretos (art. 198), allanamiento de morada, de domicilio de personas jurídicas o de establecimientos abiertos al público (art. 204). Los arts. 167, 198 y 204 respectivamente, remiten a las correlativas conductas delictivas previstas para "el particular que...", estableciendo que cuando fueran cometidas por funcionario público se castigarán con las penas respectivamente previstas para el particular, en su mitad superior, y además con la de inhabilitación **absoluta** (por tiempo de 8 a 12 años en la detención ilegal, y de 6 a 12 años en los otros dos delitos referidos).
- Delitos de receptación y de blanqueo de dinero, y delitos contra la salud pública. En estos casos se establece simplemente una referencia general de agravación para el funcionario que realiza el delito en el ejercicio de su cargo, junto a la análoga referencia a otros profesionales; la agravación de penalidad consiste en la adición de la pena de inhabilitación especial de 3 a 10 años; duración que se eleva a la de 10 a 20 años si se tratara de autoridad o agente de la autoridad (arts. 303 y 372).

Tipo especial impropio, paralelo al tipo común

Adición de la pena de inhabilitación

E. Delito de atentado realizado por funcionario

En el título XXII, "Delitos contra el orden público" en el capítulo de los delitos de atentado, se establece que su comisión con prevalimiento de la condición de autoridad, de agente de ésta o de la condición de funcionario público, conlleva una cualificación que eleva la pena a la superior en grado, según reza el art. 552,2^ª. En este caso, probablemente por descuido, al seguir en este punto el modelo del código anterior, no se añade la pena de inhabilitación, que no obstante se impondrá como accesoria por el mismo tiempo de la pena de prisión (3 años como mínimo).

F. Falsedades documentales de funcionarios

Para terminar esta panorámica, recordemos que en materia de delitos de falsedad documental la mayor parte de las figuras se refieren a las falsedades en documento público u oficial, o a la emisión de certificaciones falsas realizadas por funcionario público o autoridad competente en ejercicio de sus funciones (arts. 390, 391, 394,1, 398). La centralidad de la tutela del tráfico documental y su problemática específica, no impide que se constata también la lesividad de la con-

Dispersión de previsiones

ducta desde las expectativas del ciudadano del correcto funcionamiento, acorde a legalidad, de la Administración a través de sus empleados públicos; las penas de inhabilitación para el funcionario se corresponden con esta dimensión lesiva.

3. Pautas de Interpretación para delimitar el ámbito de las figuras delictivas y resolver el solapamiento de previsiones

El examen de los problemas de interpretación que presenta cada tipo de delito en particular será examinado en las intervenciones posteriores. Interesa ahora establecer algunas pautas generales de interpretación aplicables a algunos grupos de delitos, por un lado, y por otro, a los criterios que informan las relaciones entre distintas figuras delictivas en esta materia de delitos cometidos por funcionarios. Me voy a centrar en dos órdenes de problemas: en primer lugar el relativo a la necesidad de delimitar el ámbito del ilícito penal respecto al ilícito administrativo en aquellas figuras delictivas cuyos contornos típicos aparecen poco definidos. En segundo lugar, ante el casuismo de que hace gala el código en esta materia, y los solapamientos a que ello conduce, deben clarificarse las relaciones concursales que se plantean entre distintas figuras típicas, y recordar las diferencias entre el concurso de leyes y concurso de delitos.

A. Criterios de delimitación de la conducta típica en delitos "contra la Administración"

Ha quedado señalado anteriormente la dificultad a la que se enfrentó el legislador para observar el dictado de taxatividad y el principio de mínima intervención cuando decide incriminar penalmente conductas que atentan contra bienes jurídicos supraindividuales. La inclusión en la formulación típica de determinadas características de gravedad de la conducta prohibida, o la exigencia de un resultado de peligro para otro bien jurídico o de la producción de un "daño a la causa pública", permiten recortar el ámbito de lo punible y diferenciarlo del ámbito que corresponde a otros ámbitos extrapenales. Cuando el legislador prescinde de estas exigencias y presenta una formulación abierta —déficit de taxatividad— de la conducta típica, la tarea de delimitación del ámbito punible se traslada al juzgador, en su labor de interpretación del sentido de la norma.

En los tipos penales que describen la conducta prohibida en términos abiertos, como el delito de prevaricación, determinar la frontera con el mero ilícito administrativo requiere un ejercicio hermenéutico que tome en consideración criterios materiales sobre el sentido del precepto y su finalidad político criminal. En el delito de prevaricación, por ejemplo, determinar, cuándo la injusticia o la ar-

bitrariedad de una resolución alcanza la entidad suficiente para ser constitutiva de delito no es tarea sencilla. La consecuencia es la disparidad en la interpretación jurisprudencial. En el estudio sobre la prevaricación se refleja de manera particular esta problemática, pero también se extiende a otras figuras legales. Por ejemplo en el delito de desobediencia, la negativa abierta a cumplir una "orden de la autoridad", ¿se refiere a cualquier clase de órdenes, o deben tener un cierto grado de importancia sustancial para la coordinación y eficacia de la función? En la destrucción de documentos cuya custodia ostenta el funcionario, ¿se debe considerar delito aun cuando se trate de un documento de escasa relevancia para el desarrollo de la actividad administrativa y sin incidencia posible para los administrados?

La operación de subsunción de una conducta en un precepto penal implica algo más que la mera constatación de su adecuación formal a la descripción típica. El principio de interpretación material, teleológica, conforme al sentido que informa el precepto, requiere la idoneidad de la conducta en cuestión para afectar al objeto de tutela de forma significativa. La entidad del daño social derivado de la comisión del delito complementa la valoración de la gravedad del hecho. Los aspectos valorativos por su propia naturaleza no permiten establecer de antemano unos contornos nítidos para delimitar el campo típico. La decisión en el caso concreto requiere la ponderación de varios criterios, que pueden actuar como complementarios, a fin de orientar una interpretación que ajuste restrictivamente el campo de aplicación del precepto. A tal efecto deben tenerse en cuenta los siguientes principios:

Principio de insignificancia. Este principio deriva del criterio de mínima intervención del derecho penal y de la exigencia de lesividad de las conductas penalmente relevantes. En consecuencia, aquellas conductas formalmente típicas, cuya significación para afectar a las propiedades de funcionamiento debido de la Administración sea de mínimo orden, deben considerarse excluidas del ámbito del precepto en cuestión.

La jurisprudencia se hace eco de este principio, y más claramente en alusión al carácter de "ultima ratio" del derecho penal, para reservar la aplicación del delito de prevaricación a las injusticias notorias, patentes, que sobrepasan de forma clamorosa y flagrante la legalidad y objetividad (por ejemplo STS 5.4.1995, n. 514)

Principio de proporcionalidad. Atendiendo a la entidad de las conductas que pueden encajar en la descripción típica, y a la penalidad prevista para ellas, la garantía de proporcionalidad (como prohibición del exceso), derivada del principio general de Justicia, permitirá excluir de la esfera típica aquellas conductas cuya gravedad queda comparativamente muy por debajo de la que normalmente da lugar a la aplicación de aquél precepto. Pensemos por ejemplo en el tráfico de influencias de los arts. 428 y 429. La presión o utilización de la influen-

Idoneidad lesiva de cierta entidad

Exclusión de lo insignificante

Proporcionalidad comparativa

Déficit de taxatividad

Problema de los tipos abiertos

cia para lograr una decisión que pueda generar un beneficio económico (al influente o a un tercero) se castiga con una pena de prisión de 6 meses a 1 año, más multa e inhabilitación especial; teniendo en cuenta que esta figura acoge las interferencias indebidas en la toma de decisiones de trascendencia económica millonaria, sería excesivo considerar acogido en el mismo precepto la influencia ilícita para motivar una decisión cuyo beneficio económico fuera mínimo. Por ejemplo, usar la influencia para lograr la condonación de una multa por mal aparcamiento carece de entidad bastante para justificar la puesta en marcha de la maquinaria penal de enjuiciamiento (caso distinto sería el uso reiterado de la influencia para la sistemática condonación de repetidas multas); la pena de prisión de 6 meses resulta a todas luces desproporcionada.

Comparación sistemática con otras previsiones sancionadoras

Interpretación sistemática. De la contemplación del elenco de medidas de control y de sanción de las conductas ilícitas del funcionario pueden extraerse pautas que permitan una interpretación restrictiva de aquellos tipos penales que básicamente coincidan en su descripción con las definidas como "faltas" disciplinarias en las normas administrativas. De otro modo se llegaría al absurdo de dejar sin campo de aplicación numerosas previsiones de los Reglamentos disciplinarios. Al igual que ocurre entre los "delitos" y las "faltas" construidas sobre el mismo objeto de protección, la diferencia de los respectivos ámbitos típicos se resuelve en función de la intensidad de la afectación al bien jurídico común.

Por ejemplo, el catálogo de conductas definidas como faltas muy graves, graves y leves, en los arts. 6, 7 y 8 del Reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado (RD 33/1986), recoge numerosas previsiones que coinciden en gran medida con las tipificaciones penales de delitos cometidos por los funcionarios. La subsidiaridad de la "falta" administrativa respecto a la tipificación penal, deriva de la mayor generalidad de las descripciones del Reglamento y de que en estos casos la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo descansa en criterios básicamente cuantitativos.

B. Concurrencia de previsiones penales. El principio del *ne bis in idem*, concurso de leyes y concurso de delitos

Taxatividad y variedad de previsiones típicas

Por exigencias del principio de legalidad, en aras a la garantía de seguridad jurídica, la descripción de las conductas delictivas debe ser lo más precisa y clara posible. Una definición genérica que penalizara a "el que atentare gravemente al correcto funcionamiento de la Administración" no sería compatible con la exigencia de taxatividad penal. La técnica legal tiene que recurrir a la diferenciación de formas de ataque a un mismo bien jurídico y a la previsión de distintas situaciones desde las que aquél puede resultar menoscabado. La tipifi-

ficación de las distintas formas de ataque a las diversas propiedades que legitiman el funcionamiento de la Administración, se traduce en la existencia de preceptos diferenciados, que no obstante se alimentan de un sustrato común.

Esta necesaria técnica legislativa conduce a que en la práctica, la interpretación de cuál sea el precepto aplicable requiere tener en cuenta la relación existente entre varias normas, a fin de aplicar la que recoja con mayor precisión el desvalor de la conducta que se enjuicia, teniendo en cuenta el sentido de cada norma y su finalidad político-criminal. El problema reside en determinar si dos preceptos penales se encuentran en una relación tal que la aplicación de uno de ellos desplaza la del otro (concurso de leyes), o si por el contrario es necesario que entren en juego ambos preceptos para abarcar plenamente el desvalor de la conducta que se enjuicia (concurso de delitos).

Relación entre distintos tipos

El principio "*non bis in idem*" —calificado por el Tribunal Constitucional como "derecho fundamental" derivado del principio de legalidad del art. 25,1 de la C.E. (STC 154/1990)—, se encuentra en la base de las reglas del concurso de leyes, recogidas ahora en el art. 8 del nuevo código penal. La prohibición del *bis in idem* proscribía la acumulación de dos calificaciones jurídicas sancionadoras basadas en el mismo sustrato valorativo respecto a un mismo hecho: prohibición de doble sanción (o de agravación añadida) desde una misma perspectiva valorativa.

Concurso de leyes: *non bis in idem*

El concurso de delitos implica por el contrario la necesidad de acudir a más de una calificación típica —cada una correspondiente a una figura delictiva— para aprehender el desvalor total, dado que los preceptos aplicables atienden a distintos aspectos fácticos o valorativos de las conductas que se enjuician. El concurso de infracciones supone la afectación a más de un bien jurídico (o de la misma clase de bien jurídico pero afectando a sujetos pasivos distintos), cuya tutela se encuentra recogida en preceptos jurídicos diferenciados. Como es sabido, la suma de las penas de las infracciones que concurren queda sometida a ciertos límites, conforme a las reglas del concurso real, y del concurso ideal y medial, contempladas en los arts. 73 y ss. del código (límite de duración que no supere el triple de la pena más grave impuesta, y nunca más de 25 o de 30 años, según los casos, para el concurso real; límite de la pena prevista para la infracción más grave, en su mitad superior, para los concursos ideal y medial). El principio de proporcionalidad, como garantía que informa la prohibición del exceso en la consecuencia jurídica fundamenta estas limitaciones a la suma aritmética de las penas.

Concurso de delitos: desvalores acumulados

En relación a los delitos que tratamos ahora, los eventuales supuestos de concurso de infracciones, normalmente se presentarán como concurso "ideal" de delitos, o como concurso medial, regulados ambos en el art. 77 del c.p. En el concurso "ideal", una misma

Concurso ideal o medial

conducta despliega varios efectos lesivos que requieren tipificación separada para que pueda aprehenderse el total desvalor del hecho (ejemplo clásico: delito de atentado con lesiones físicas). EL concurso "medial" implica la realización de dos conductas separables, cada una de ellas tipificable por separado como delito, pero conectadas por su relación al ser la primera medio necesario para llevar a cabo el segundo delito.

Insuficiente doctrina jurisprudencial

A diferencia de lo que ocurre en otras materias, en el campo que ahora nos ocupa no se ha producido un desarrollo jurisprudencial ni doctrinal suficiente que permita fundamentar con claridad la frontera entre ambos supuestos. Ello explica las vacilaciones de la jurisprudencia, como se reconoce en algunas sentencias (así en la STS 23 febrero 1993, relativa a delitos de fraude y de cohecho). Los Tribunales aun cuando progresivamente en esta clase de delitos acogen la perspectiva de su lesividad para el adecuado funcionamiento de la Administración, siguen acudiendo al expediente de la "infracción del deber" como explicación que justifica la individualización de tantos delitos como deberes concretos se lesionen.

Así, en la STS 8.2.1993 (Ar. 824) se apreció concurrencia de 2 delitos (concurso medial), prevaricación e impedimento de derechos cívicos por parte de un Alcalde, mientras que en un supuesto muy similar, de negativa del Alcalde a permitir a un Concejal el acceso legítimo a informaciones, la misma Sala (STS 22.1.1996) aprecia el delito de impedimento de derechos cívicos, sin referencia alguna a la prevaricación, pese a citar como precedente aquella primera sentencia, y tras constatar que el Alcalde reiteró por escrito la orden, "con completo conocimiento de la injusticia e ilegalidad..." (6).

Preferencia del concurso de leyes

Una interpretación acorde al objeto de tutela, teniendo en cuenta que la afectación a las distintas propiedades que deben informar el funcionamiento de la Administración constituyen perspectivas complementarias y participan de la mismas premisas político-criminales de tutela del correcto desempeño de las funciones públicas, debe conducir preferentemente a la solución del concurso de leyes. Si consideramos que la violación de las distintas propiedades aludidas —legalidad, objetividad, sometimiento al Derecho, imparcialidad, etc.— participan de un mismo común denominador, las infracciones correspondientes no pueden sumarse como entidades heterogéneas.

Concurrencia de misma perspectiva lesiva

Los delitos en el ejercicio del cargo, que conllevan la lesión de otro bien jurídico —básicamente los del Título XXI, aunque también algunos del título XIX como la malversación...— comportan una doble dimensión lesiva, que incluye la desviación de legalidad y objetividad.

(6) El hecho de que no aparezca ninguna referencia a la prevaricación pueda venir condicionada por la ausencia de acusación al respecto, lo que revela las diferencias de interpretación de la Fiscalía en la valoración de supuestos prácticamente idénticos.

El componente de afectación a legalidad en la actuación administrativa debe excluir en principio la posibilidad de apreciar conjuntamente una infracción más genérica junto a otra más específica que abarque de forma suficiente el total desvalor de la conducta. Por ejemplo, la prevaricación se sitúa como figura de aplicación subsidiaria respecto a los delitos del título XXI cuando concorra con ellos. Igualmente parece que debe considerarse subsidiaria respecto a algunos tipos del propio título XIX, como por ejemplo respecto al fraude, o a la malversación cuando su realización se acompañe de la correspondiente resolución arbitraria.

Supuesto distinto es el delito de cohecho, en el que expresamente el legislador ha penalizado con mayor rigor la solicitud o aceptación de dádiva "para" cometer un delito en el ejercicio del cargo. Configurado como tipo "mutilado de dos actos", es decir que no requiere la realización de la conducta delictiva que motiva el soborno, la efectiva comisión de este segundo delito da lugar a su tipificación autónoma en una relación de concurso de infracciones, cuya realización constituye ya un hecho posterior y distinto. Así lo prescribe expresamente el propio art. 419: "sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa". En los supuestos en que el soborno conduzca a la comisión de una irregularidad que no constituya delito pero si una infracción disciplinaria, habrá que examinar si el desvalor de la primera conducta absorbe la gravedad de la falta: concretamente en el art. 420 (primer inciso), la efectiva ejecución del acto injusto pactado se contempla como presupuesto de una pena mayor (primer inciso del art. 420) respecto a los casos de no ejecución de aquel acto.

Los criterios generales del concurso de leyes o concurso de delitos, son igualmente aplicables a la problemática del concurso de previsiones penales y disciplinarias, que tratamos a continuación.

Cohecho: casos de concurso de delitos

III. ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO

1. Ius puniendi estatal. Sanciones penales y sanciones administrativas

La función de las Administraciones Públicas como instrumentos al servicio de los intereses de los ciudadanos, respalda su legitimidad para dotarse de medios coactivos en aras a la eficacia en sus cometidos. En la presente exposición interesa examinar algunos aspectos de la potestad sancionadora disciplinaria, como ejercicio de autotutela a través del control interno del desempeño adecuado de sus cometidos por los empleados públicos. La perspectiva a abordar se cñe a la problemática de la posibilidad de doble sanción, penal y disciplinaria, de los funcionarios, en lo que suele presentarse como una

Planteamiento

excepción del principio general del **bis in idem** basado en la discutida categoría de las "relaciones de sujeción especial". Las claves para la resolución de esta cuestión giran alrededor de la homogeneidad o diversidad de fundamento valorativo de la infracción penal y la infracción disciplinaria, y en la finalidad que justifica las correspondientes consecuencias jurídicas, pena y sanción administrativa. Aunque la facultad disciplinaria presenta caracteres distintos a los del régimen general de sanciones administrativas de heterotutela que pueden imponerse a los ciudadanos, interesa clarificar algunos aspectos comunes que inciden en la problemática de la doble sanción.

En la actualidad, doctrina y jurisprudencia reconocen que la potestad sancionadora de la Administración forma parte del "ius puniendi" estatal, junto con el derecho penal; ambas manifestaciones conforman lo que genéricamente puede denominarse el "ius publicum penale". La delimitación de las garantías y principios que deben inspirar el ejercicio de la facultad sancionadora viene desarrollándose, en su acomodación a la Constitución, aproximando las técnicas y criterios elaborados y consolidados en el derecho penal, lo cual no significa sin embargo una homogeneización total con el sistema punitivo que compete a los tribunales.

La secular discusión sobre las diferencias cualitativas o cuantitativas entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, si bien se refiere fundamentalmente a los ilícitos se decanta hacia posiciones eclécticas, con predominio de la consideración de que nos encontramos ante diferencias no sustanciales. Lo cierto es que la diversidad que guardan entre sí ya incluso las infracciones penales, como también las administrativas, en función de la materia que regulen, muestra lo inadecuado de aquel planteamiento disyuntivo. Pretender sentar la diferente naturaleza de ambos ilícitos, con carácter general, en una de aquellas alternativas aboca en una burda simplificación. El contenido del injusto de un homicidio doloso no puede ser sino cualitativamente diferente al ilícito de una infracción urbanística; pero asimismo la diferencia entre el homicidio y el delito urbanístico recogido en el nuevo código penal es también sustancial. Una característica del derecho penal contemporáneo es la ampliación de su campo de punición a conductas lesivas de intereses colectivos que se corresponden con una nueva sensibilidad cultural ante los riesgos derivados del desarrollo industrial y los avances tecnológicos. Intereses que hasta hace poco permanecían en el campo de la regulación administrativa por considerarse mera ordenación ético-socialmente indiferente. No obstante, la tutela de intereses supraindividuales no es nueva; las falsedades documentales han pertenecido tradicionalmente al ámbito penal, al igual que la mayor parte de los "delitos de funcionarios".

Las diferencias cualitativas sólo pueden afirmarse entre los extremos, entre lo que se ha denominado "núcleo" permanente del de-

recho penal y los ilícitos administrativos, pero precisamente en ese campo "nuclear" el **ius puniendi** queda reservado a la jurisdicción penal, por lo que no cabe establecer comparaciones. En cuanto a los delitos que no implican agresión a derechos individuales básicos, las diferencias son fundamentalmente cuantitativas en todos aquellos ámbitos en los que se afecta a un mismo interés (recaudación tributaria, condiciones medioambientales determinadas, condiciones de seguridad laboral, seguridad en el tráfico de vehículos de motor...) en función del grado de intensidad del ataque al objeto de protección.

La valoración que determina la frontera entre lo ilícito penal y lo administrativo, no puede definirse apriorísticamente. Las opciones político-criminales del legislador responden a tendencias predominantes en cada momento histórico, con fluctuaciones conocidas dependientes de variables culturales y políticas. Por ello debe diferenciarse el plano de la discusión teórica dirigida a orientar cuáles son los criterios que el legislador debe tener en cuenta —perspectiva de "lege ferenda" y el plano referido al examen del concreto derecho positivo "de lege lata"— en el que la argumentación debe discurrir en base a las decisiones ya adoptadas por el legislador (aunque ello no deba excluir la crítica y las propuestas de "lege ferenda"). La confusión de ambos niveles conduce a una distorsión en la interpretación que debe presidir la aplicación de la ley.

Cuando el examen del fundamento material del ilícito administrativo y su comparación con el ilícito penal permite concluir que la diferencia es meramente cuantitativa, en el marco de una misma línea de tutela, la infracción administrativa se sitúa como figura de aplicación subsidiaria respecto al ilícito penal. Cuando el hecho reúna los caracteres requeridos para el delito en cuestión, por su gravedad, no cabe apreciar la infracción administrativa. La relación entre ambos ilícitos es la misma que entre los delitos y las faltas del propio código penal. La aplicación de ambas previsiones se opone a la lógica de la interpretación, y supondría un inaceptable **bis in idem** (en cuanto suponga coincidencia de sujeto, hecho y fundamento de la sanción).

En consonancia con la interpretación mantenida por jurisprudencia y doctrina, sobre todo a partir de la Constitución, la prohibición de doble sanción, penal y administrativa, ha quedado taxativamente consagrada en la Ley n. 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y en el Reglamento correspondiente de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, RD 1398/93, (REPEPOS). No obstante, como es sabido, las previsiones de dicho Reglamento no se extienden al ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones públicas respecto al personal a su servicio y de quienes estén sometidos a ellas por una relación contractual (art. 1,3 u.p.) (7).

(7) En relación a esta potestad disciplinaria, el Reglamento de 1993, según se

Parcela del "ius puniendi"

Diferencias cuantitativas y cualitativas con el ilícito penal

Diferencia cuantitativa

Examen de "lege lata"

Susidiaridad del ilícito administrativo

REPEPOS: excluye la facultad disciplinaria

Exclusión que quedaba establecida ya en la propia LPAC en su art. 127 con el que se inicia el Título nominado "De la potestad sancionadora" (8).

Esta exclusión no significa que respecto a la facultad disciplinaria las garantías inherentes al principio de legalidad y a la prohibición del **bis in idem** dejen de tener vigencia. La tradicional explicación de que la sanción disciplinaria atiende a consideraciones relativas al orden organizativo interno, y que por ello su fundamento es distinto al de la sanción penal que pueda imponerse por la misma conducta, no puede admitirse como argumento general, ya que habrá que examinar en cada caso si realmente nos encontramos ante un fundamento distinto respecto al delito correspondiente. Los supuestos que presenten esta distinta fundamentación son los menos, y por ello los supuestos en los quepa admitir doble sanción serán la excepción.

En realidad, cuando se afirma que cabe doble sanción si el fundamento de punición afecta a intereses diferentes, lo que se está haciendo es definir el propio sentido del principio **non bis in idem** y, por ello, su ámbito: cuando un mismo hecho pueda ser encuadrado en previsiones sancionadoras que no coincidan en su fundamento material, no hay impedimento para apreciar un concurso de infracciones, que podrán punirse conjuntamente porque de otra manera dejaría de valorarse la afectación de un interés jurídico que no queda acogido en el desvalor del precepto penal en cuestión. La problemática se centra por lo tanto en la interpretación del contenido del desvalor que subyace al delito y del que subyace a la infracción administrativa con la que pueda concurrir.

La apelación a la singularidad de las situaciones de "relación de supremacía especial", esa gran coartada para burlar las garantías, como denuncia la doctrina administrativista (NIETO, LASAGABASTER), no puede operar como apriorismo que excepcione sin más condiciones las reglas generales. En cada caso y situación, deben examinarse la presencia o no de las condiciones que impiden la compatibilidad de la doble sanción.

establece en el art. 1.3 no tiene carácter supletorio. (Carácter supletorio que mantiene para la potestad sancionadora en materia tributaria y en materia laboral o de orden social).

(8) Art. 127.3. "Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su facultad disciplinaria respecto al personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual".

La Disposición Adicional Octava de la misma Ley de 1992, vuelve a insistir en que "Los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual se regirán por su normativa específica, no siéndoles de aplicación la presente Ley".

2. El principio "non bis in idem". La prohibición de doble sanción

Es común situar la STC de 30 enero 1981 como referencia histórica que señala la consolidación del principio general "**non bis in idem**" en la jurisprudencia, pero la profundización en su significado, la delimitación de sus consecuencias y de su ámbito de aplicación, será objeto de desarrollo a lo largo de esa década (amplias referencias en 1994, GARCÍA ALBERO 1995).

A. Contenido básico

El núcleo del principio **non bis in idem**, reiterado en la jurisprudencia, y ahora recogido en la LPAC (art. 133), se expresa en la prohibición de doble sanción por los mismos hechos cuando concorra además identidad de sujeto y de fundamento. La prohibición afecta a todo orden sancionador, tanto en su propio ámbito interno —prohibición de doble sanción penal o doble sanción administrativa— como en los supuestos de posible concurrencia de distintas competencias sancionadoras.

La identidad del sujeto no presenta problemas mayores. La restricción de la responsabilidad penal a las personas físicas, permite la imposición de una sanción administrativa a la persona jurídica por los mismos hechos que motiven la condena penal de la persona que actúe por cuenta de aquélla (STS 24.2.1992 Ar. 1373).

Como he indicado anteriormente, los problemas de interpretación se plantean en relación a la "identidad de fundamento", que debe entenderse como identidad de interés jurídico protegido. Es por tanto algo más preciso que el fundamento genérico que el legislador pueda aducir para establecer un sistema sanciones, ya que se requiere concretar qué propiedad o situación jurídicamente reconocida es la que justifica la prohibición (o el mandato) cuya inobservancia se asocia a una sanción. La identidad del interés tutelado remite a la aplicación de las reglas del concurso de leyes conforme a las cuales queda desplazada la previsión cuyo desvalor se encuentre ya contenido en otra previsión más específica o completa para calificar la conducta enjuiciada.

La posibilidad de doble sanción se mantiene para los supuestos en los que los mismos hechos, realizados por la misma persona, comportan una doble vertiente lesiva. La calificación jurídica de ese doble desvalor, en cuanto afectación de intereses jurídicos distintos —pues ninguno de ellos puede reconducirse o subsumirse en el otro— requiere acudir a dos tipificaciones distintas en "concurso de infracciones". La consecuencia jurídica será la imposición de dos sanciones, correspondientes a la afectación de esos dos intereses. Por ejemplo, un delito de injurias contra un ciudadano, cometidas en el desempeño de un servicio, puede dar lugar a esa doble sanción. La sanción de suspensión de funciones por 1 año por falta grave (art. 7.º del Rgto.

Vigencia del *non bis in idem*

Cuestión central: delimitar el fundamento de las infracciones

Identidad de sujeto, hecho y fundamento

Falta de identidad de sujeto: doble sanción

Identidad de interés jurídico: concurso de normas

Doble sanción: supuestos de concurso de infracciones

de Disciplina de funcionarios, "grave falta de consideración con los administrados"), atiende a la vertiente del incorrecto desempeño de la función, aspecto que en absoluto queda abarcado o previsto en el desvalor del delito contra el honor del particular (injurias del art. 209) castigado con pena de multa.

B. La prohibición de bis in idem y la preeminencia del orden penal

Sanción penal como instrumento extraordinario de control

El control jurisdiccional —contencioso-administrativo— y la potestad sancionadora o la disciplinaria son los instrumentos ordinarios de supervisión y corrección de las desviaciones o irregularidades que distorsionan los objetivos y funciones de la Administración. La intervención penal como instrumento de mayor drasticidad constituye un medio extraordinario de exigencia de responsabilidad para las agresiones más intolerables.

Ello significa que cuando una conducta reúne los requisitos típicos de una figura delictiva, los instrumentos ordinarios quedan desplazados por insuficientes para ofrecer la respuesta adecuada a la gravedad del hecho. Y viceversa, cuando la conducta ilícita no alcance a reunir los presupuestos necesarios para afirmar la responsabilidad penal, se recupera la posibilidad de acudir a la previsión disciplinaria inicialmente desplazada.

Indicios delictivos: preeminencia del orden penal

Puesto que la competencia para confirmar si una conducta reúne los caracteres de delito es exclusiva del juez penal, se impone la preeminencia del orden jurisdiccional penal. Únicamente después del pronunciamiento judicial, si la resolución es absolutoria por ausencia de algún requisito típico (dolo, arbitrariedad manifiesta, grave daño a la causa pública...), o por insuficiente entidad del hecho para su calificación penal, puede entrar en juego la potestad sancionadora de la Administración. La actividad probatoria practicada en el ámbito jurisdiccional penal, rodeada de las máximas garantías procedimentales, no puede ignorarse en la posterior valoración de los hechos por la autoridad administrativa. Una sentencia absolutoria por falta de prueba sobre la autoría de los hechos, bloquea la posibilidad de un expediente administrativo contra quien en el ámbito penal ha sido absuelto por falta de pruebas sobre su participación.

Efectos asociados a la preeminencia del orden penal

La famosa sentencia del Tribunal Constitucional N. 77/1983 de 3 de octubre recoge detalladamente el conjunto de efectos derivados de esa preeminencia del orden penal. El Alto tribunal admitió el amparo solicitado por un ciudadano condenado gubernativamente por una llamada telefónica con falso aviso de bomba, después de haber sido absuelto por el Tribunal que consideró insuficientes las pruebas sobre la identidad del anónimo comunicante. En la sentencia se parte de la posibilidad de una doble sanción por unos mismos hechos —en tanto pueda afirmarse distinto fundamento—, pero establece la necesidad de respetar la cosa juzgada que "despliega un efecto positivo

de manera que lo declarado por la sentencia constituye la verdad jurídica, y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema". Esa "verdad jurídica" es la que vincula al instructor administrativo, porque aunque es posible una nueva calificación en el plano jurídico, "no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la calificación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado".

Las consecuencias de la preferencia del orden penal se concretan por tanto en tres niveles: a) efecto negativo de ocusión, que implica que una sentencia penal condenatoria cierra la vía sancionadora administrativa; b) efecto negativo de carácter procedimental, que implica la paralización del expediente administrativo sancionador en tanto no se sustancie el proceso penal; c) efecto positivo de "cosa juzgada" o de vinculación de la sentencia penal en cuanto a los hechos que se dan por probados o no probados en ella. Tres efectos que clasifica gráficamente como tres círculos, el primero de efecto negativo o de bloqueo de cualquier resolución posterior, el segundo círculo de efecto positivo referido al carácter vinculante de la actuación probatoria, y el tercer círculo referido al efecto procedimental que, al establecer la preeminencia temporal de la decisión jurisdiccional penal, permite que entre en juego el efecto negativo o el positivo, según proceda.

El reconocimiento de la preeminencia de la calificación penal obliga a la cautela de la paralización inmediata del expediente administrativo. Como se establece en la mayoría de las disposiciones reglamentarias de carácter sancionador, el instructor tiene obligación de comunicar al Ministerio Fiscal la existencia de indicios de delito, y de mantener la suspensión del expediente hasta tanto no recaiga resolución judicial. Así lo dispone el Reglamento disciplinario de los funcionarios del Estado RD 33/1986 en su art. 23.2 respecto a hechos que puedan constituir delitos de funcionarios (9); respecto a hechos que pudieran constituir otra clase de delitos la obligación de pasar el tanto de culpa a la Fiscalía expresamente admite que "Ello no será obstáculo para que continúe la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución y la imposición de la sanción si procediera" (art. 23.1). Esta última previsión no debe interpretarse como una admisión indiscriminada del *bis in idem*, sino como una posibilidad "si procediera" por concurrir distinto interés jurídico en juego.

(9) Concretamente se refiere a "hechos que pudieran ser constitutivos de algunos de los delitos cometidos por funcionarios públicos, contra el ejercicio de los derechos reconocidos por las Leyes y de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos de los Títulos II y VII del código penal". La remisión se produce lógicamente respecto al código de 1973 recién derogado, lo que no impide que pueda entenderse que esa referencia afecta ahora a los delitos de los títulos XIX y XXI del nuevo código penal de 1995.

Vinculación positiva y negativa

Paralización del expediente sancionador

Sanción
disciplinaria
posterior a la
resolución penal.

Confirmada la sentencia absolutoria, puede imponerse o continuarse con el expediente disciplinario y en su caso imponer una sanción administrativa en tanto se hayan dado por probados los hechos y la imputación del funcionario pero no la totalidad de los requisitos exigidos para la responsabilidad penal. También subsiste la posibilidad de una sanción administrativa incluso cuando la sentencia sea condenatoria, si a la vista de la calificación penal confirmada, puede deducirse que el interés jurídico lesionado que fundamenta tal condena es distinto al que fundamenta el ilícito administrativo: es decir, cuando la doble sanción por un mismo hecho no entre en contradicción con los presupuestos del principio *non bis in idem*.

3. *Non bis in idem* y relaciones de sujeción especial

Tradicional
admisión de
doble sanción

Ha sido común en la jurisprudencia, y en gran medida también en la doctrina, admitir que la prohibición del *bis in idem* no es aplicable a las relaciones de sujeción especial. La primera sentencia del Constitucional sobre este tema, antes citada (STC 2/1981 de 30 de enero), en consideraciones "obiter dicta" admitía esta excepción del principio cuando concurría "una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, etc.— que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los tribunales, y a su vez el de la potestad sancionadora de la Administración".

Falta de
argumentación
convinciente

La formulación citada se reproduce en numerosas resoluciones posteriores del Alto Tribunal y del Tribunal Supremo hasta la actualidad. Ilustrativa en esta línea, por tomar una resolución más reciente, es la STS de 27.9.1994 (Ar. 7227) que reitera aquella formulación inicial del TC para aplicarla a un supuesto de responsabilidad del funcionario por delito continuado de falsedad y delito de malversación, en concurso ideal, que había dado lugar anteriormente a su enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas, y a la imposición de una sanción administrativa por el Gobierno de la Comunidad de las Islas Baleares. Una "triple actividad" de los poderes del Estado, que se declara compatible conforme a la doctrina general. Debe recordarse que la "responsabilidad contable" se limita a la obligación de indemnización de daños y perjuicios (art. 38 de la L.O. 2/1982 del Tribunal de Cuentas), y que la propia L.O. 2/1982 en su art. 18 declara compatible con las responsabilidades disciplinarias y penales. La resolución se limita a afirmar la compatibilidad de la sanción disciplinaria, sin aportar explicación alguna de la razón o fundamento que "justifique" la dualidad sancionatoria. La afirmación de que las relaciones de supremacía especial admiten la doble sanción "cuando esté justificado" ese doble ejercicio del "ius puniendi", pasa a convertirse en una fórmula ritual de argumentación circular, en la que la mera existencia de la relación especial parece convertirse en el fundamento que "justifica" la doble sanción.

Se elude así la cuestión clave, cuáles son los criterios que "justifican" esa doble sanción. No es lo mismo basar la justificación en la concurrencia de un **distinto fundamento** de las sanciones que admitir la duplicidad en por el mero hecho de que el sujeto se encuentre en una relación especial de sujeción aun cuando el **interés jurídico tutelado sea idéntico**. En este caso, se produciría una petición de principio: la doble sanción es admisible en las relaciones de sujeción especial cuando ello este justificado, y la justificación concurre cuando exista relación de sujeción especial.

Puede haber alguna otra justificación. Así puede ocurrir cuando la infracción cometida haga totalmente incompatible la permanencia en el servicio público del funcionario, por lo que proceda su separación definitiva de la función, aunque tal consecuencia no haya sido prevista en el código penal. Durante la vigencia del antiguo código penal esta situación podía darse por el hecho de que las penas de inhabilitación especial se entendía que no implicaban la "separación del servicio", en cuanto que podía producirse la incorporación. En tales casos, la perspectiva lesiva para la Administración era tomada en cuenta reflejándose en la pena de inhabilitación "temporal", pero sin embargo esta pena resultaba menor que la "separación definitiva" que podía imponerse por una "falta muy grave" según el Reglamento disciplinario. Aun cuando algunos autores como OCTAVIO DE TOLEDO defendían que cuando la ley penal no preveía la separación, no podía admitirse que fuera adecuada una sanción más grave de carácter reglamentario, no puede ignorarse que se producía una incongruencia —por falta de coherencia legislativa— ya que una falta muy grave podía merecer sanción mayor que la comisión de un hecho delictivo de la misma naturaleza.

QUINTERO advierte que en algunos casos la consecuencia de separación del servicio, o pérdida de condición de funcionario, puede responder a la aparición de una causa incompatible con los requisitos exigidos para acceder a determinadas funciones públicas, como por ejemplo el desempeño de labores de investigación criminal o el acceso a la función judicial. En estos casos no se trataría de una "sanción disciplinaria", sino de una consecuencia obligada, de efecto automático, por causa de incompatibilidad sobrevenida.

Precisamente en un supuesto relativo a la comisión de un delito de falso testimonio por un funcionario de policía, el Tribunal Constitucional en la sentencia n. 234/1991 de 10 de diciembre, se adentra por primera vez, y certeramente, en el fondo de la cuestión sobre la excepción del *bis in idem* (10). En ella por un lado se afirma que la

Incompatibilidad
del cargo con la
comisión de
delito

Condena por
delito y
desempeño de
funciones
policiales

(10) El funcionario, Inspector del Cuerpo Superior de Policía, fue condenado por delito de falso testimonio en causa criminal, por haber alterado en su declaración la realidad de los hechos de un accidente de tráfico que presenció,

facultad disciplinaria no constituye propiamente ejercicio del "ius puniendi" del Estado, sino una facultad derivada de la "relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la Administración sancionadora". A continuación, afirma que "La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones". La especial relación no puede fundamentar en ningún caso que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales, es decir, no puede actuar como una categoría que sirva para fundar una excepción a éstos: la admisión de la doble sanción debe apoyarse en que "el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección". Dice textualmente, en su Fundamento Jurídico 2:

"Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquél que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado".

La especificidad de la infracción disciplinaria en este caso se funda en un interés distinto del que dio lugar a la condena penal por delito de falso testimonio —interés en el buen funcionamiento de la Administración de justicia—, sino en el legítimo interés de la Administración en la "la irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa" por lo que la imposición de la sanción disciplinaria por el delito cometido objeto de condena penal, "no infringe en consecuencia el principio *ne bis in idem*":

"La tarea propia de la policía gubernativa es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial. Que la eficacia de este servicio se vea perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir, es cosa que no ofrece duda alguna, pues no cabe disociar la Ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento. No se trata, como a veces se ha dicho, de que los miembros de la policía estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiera que aquellos que lo desempeñan no incurran en aquellas con-

a fin de favorecer a un conductor implicado amigo suyo. Fue condenado a una pena de 1 mes y 1 día de Arresto mayor y 20.000 ptas de multa y a la accesoria de suspensión de todo cargo público profesión y oficio. Posteriormente el Director General de la Policía, en el correspondiente expediente disciplinario, además del cumplimiento efectivo de aquella pena accesoria, le impuso la sanción de "traslado con cambio de residencia" al considerarle autor de una infracción muy grave —realizar "cualquier conducta constitutiva de delito doloso"— conforme al Reglamento orgánico de la Policía Gubernativa.

ductas que ellos mismos han de impedir y cuya sanción han de facilitar cuando son realizados por otros. La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe en consecuencia el principio *non bis in idem*"

La conclusión fundamental que cabe extraer de esta convincente argumentación es la del mantenimiento del sentido material del principio: no cabe doble sanción si el interés jurídico que fundamenta ambas sanciones es el mismo, lo que formulado en sentido contrario significa que **no se infringe** la vigencia del principio cuando concurre un interés distinto, que es lo que debe averiguarse y argumentarse en cada caso. El ejercicio de la "potestad disciplinaria", propia de las relaciones de sujeción especial, queda sometida a los mismos criterios garantísticos del *bis in idem*, la justificación de un interés específico distinto al contemplado en el ilícito penal, como base de la sanción.

4. El estrecho campo de compatibilidad de doble sanción penal y disciplinaria de funcionarios

Aplicando los criterios señalados, el campo posible de "doble sanción" penal y disciplinaria respecto a los funcionarios públicos, queda hoy sustancialmente reducido. Tomando como base el Reglamento de Régimen disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RD 93/1986 de 10 de enero, en desarrollo y ejecución de la Ley 30/1984 de 2 agosto), se comprueba que el catálogo de infracciones muy graves, graves o leves, acoge conductas en gran medida paralelas a la mayoría de los delitos contra la Administración del título XIX del código penal. Lo mismo puede decirse respecto a la relación de "faltas" prevista en la Ley 6/1989 de la Función Pública Vasca, que en lo sustancial reproduce el catálogo del Reglamento de 1986 citado.

Por ejemplo, el art. 6 del Reglamento disciplinario recoge como "faltas muy graves":

- a) El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la Función pública.
 - b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua opinión....
 - c) el abandono de servicio.
 - d) la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.
- ..."

EL incumplimiento descrito genéricamente en el apartado a) se produce en la comisión de todos los delitos de funcionarios del Título XXI del código penal, y también puede decirse que los del título XIX

Vigencia plena del *non bis in idem* en relaciones de sujeción especial

Paralelismo entre las faltas disciplinarias y los delitos

en cuanto que implican infracción de legalidad, objetividad, imparcialidad, etc., que la Constitución asigna a la actuación administrativa. Obviamente las figuras delictivas recogidas en el código penal desplazan la aplicación de esta "falta muy grave". Lo mismo puede decirse respecto al delito de discriminación del art. 511 en relación a la falta disciplinaria del apartado b), o respecto a los delitos de abandono de servicio del art. 407 en su relación con la falta recogida en el apartado c), etc.

Mismo interés jurídico protegido

La identidad del "interés jurídicamente protegido" resulta palpable. No puede argüirse que en las infracciones disciplinarias se afecta algún otro deber específico o un interés organizativo interno que no quede englobado en el desvalor de la conducta delictiva correspondiente porque es patente la homogeneidad de las conductas. Las penas de inhabilitación previstas en el código penal para aquellos delitos, superan con creces la entidad de las sanciones disciplinarias que pueden imponerse por la comisión de faltas muy graves, por lo que se rebasa con creces la respuesta sancionadora.

Doble sanción respecto a delitos comunes

La posibilidad de doble sanción es factible respecto a la comisión de delitos comunes que impliquen alguna "falta grave" de las recogidas en el art. 7 del Reglamento, porque en tales casos puede apreciarse la concurrencia de distinto interés tutelado. Por ejemplo, en la comisión de un delito de daños contra bienes públicos, sería admisible la compatibilidad de la sanción penal con la disciplinaria (art. 7.f); o el supuesto de lesiones dolosas causadas en un riña provocada en el centro de trabajo, admite lógicamente la apreciación de la falta grave correspondiente (art. 7.º).

Pena accesoria de funcionario

La condena por un delito común realizado durante el desempeño de la actividad propia de funcionario puede llevar aparejada la pena accesoria de inhabilitación o de suspensión de cargo durante el tiempo de duración de la pena de prisión, si ésta es la pena principal que corresponde. En tal caso, debe excluirse la doble sanción, porque el fundamento de la pena accesoria coincidiría con el de la sanción disciplinaria.

La dualidad sancionatoria no estaría prohibida cuando la pena del delito común no fuera privativa de libertad porque en tal caso no podría adicionarse una pena accesoria propia de funcionario.

Tipos comunes cualificados

En cuanto a los delitos comunes que establecen una cualificación o agravación por la realización del hecho con abuso o prevalimiento de cargo, y la correspondiente pena de inhabilitación o suspensión en consecuencia, la perspectiva del interés de la Administración queda suficientemente recogida y expresada en esas penas que se adicionan a la penalidad principal (GONZÁLEZ CUSSAC). En estos casos no puede admitirse la dualidad de sanciones, porque el tipo cualificado recoge ese mismo interés jurídico que fundamenta la sanción disciplinaria. La duplicidad supondría infracción del principio *non bis in idem*.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción* (Ed. a cargo de P. Andrés Ibáñez), Madrid 1996.
- BACIGALUPO, E. "Sobre la reforma de los delitos de funcionarios" *Documentación jurídica* II 1983.
- BORGHI, M. et MEYER-BISCH, P. *La Corruption, l'envers des droits de l'homme*, Editions Universitaires, Fribourg Suisse 1995.
- BORGHI, M. "Droits de l'Homme: fondement universel pour une loi anti-corruption: le cas de la Suisse", en *La Corruption, l'envers des droits de l'homme*, ed. por BORGHI, M. et alter, pp. 3-33.
- CACIAGLI, M. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1996.
- D'ALBERTI, M., FINOCECHI, *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna 1994.
- DELLA MIRTA, D., MÉNY, Y. *Démocratie et corruption en Europe*, Paris 1995.
- FERNÁNDEZ, T.R. *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid 1991.
- GARCÍA ALBERO, R. *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Barcelona 1995.
- GARCÍA ARAN, M. *Prevaricación judicial*, Madrid 1990.
- GARCÍA ENTERRIA, E. "La incidencia de la Constitución sobre el poder sancionatorio de la Administración. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional", *REDA* 29 1981.
- GARCÍA ENTERRIA, E. *Curso de derecho administrativo*, 7.ª ed. Madrid 1995.
- GARCÍA ENTERRIA, E. *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Madrid 1995.
- GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia 1994.
- INFORME NOLAN: HMSO (Her Majesty's Stationery Office), *First Report of the Committee on Standards in Public Life*, Vol I, Chairman Lord NOLAN, London 1995 (existe traducción al castellano editada por el Instituto Vasco de Administración Pública: *Normas de conducta en las Instituciones Públicas*, IVAP, 1996).
- LASAGABASTER, I. *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid 1994.
- MARTÍNEZ VAL, J.M., "Dos principios penales ('non bis in idem' y 'reformatio in peius') vistos por el Tribunal Constitucional", *Revista General del Derecho*, n. 559, 1991, pp. 2565-2569.
- MESTRE DELGADO; "Responsabilidad penal de Alcaldes y Concejales", en *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid 1988, pp. 633-686.
- MORALES PRATS, F.; RODRÍGUEZ PUERTA M.ª J. "Delitos contra la Administración Pública", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y VALLÉ MUÑIZ, J.M. (Coord.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 1125-1232.