



## A propósito de la tutela penal de la Administración pública (\*)

Enzo Musco

Catedrático de Derecho Penal. Roma

Se plantea, en un contexto histórico-político todavía fuertemente condicionado por la experiencia del *tangentopoli*<sup>1</sup>, cuál ha sido el papel del derecho penal respecto a la tutela de los valores fundamentales de la actividad de la Administración pública. Ello podría parecer completamente carente de sentido e incluso una provocación. La respuesta inmediata no podría sino derivar de una sencilla constatación de orden sociológico: por fin la gente común ha entendido con claridad y sencillez que el sistema penal es un instrumento de eficacia extraordinaria para impedir las desviaciones patológicas y los abusos dentro de la Administración pública. Es decir, es el instrumento *por excelencia*, capaz de reunir con extraordinaria fuerza la eficacia y la legalidad.

En realidad, apenas se abandona el terreno –por su naturaleza mutable y variable– de la percepción social y popular de la capacidad de respuesta del sistema penal, la cuestión avanzada termina de parecer frívola y retórica y comienza a recobrar sentido y significado. Todo ello de manera más nítida y consistente con el paso del tiempo y con la consiguiente eliminación de cualquier componente valorativo de naturaleza emocional. Asimismo el mundo de la reflexión científica, una vez superada la contemplación fascinante de los eventos y la tentación de cabalgar también sobre los términos singulares del fenómeno, ha llevado a subrayar no solamente algunos de los límites “naturales” del control penal de la desviación, sino también las variables que no perjudican un funcionamiento óptimo.

En resumen, recupera fuerza y vigor la clásica separación entre la percepción científica y la percepción común de la capacidad de eficacia del sistema penal. Aquel que está afectado por el *sindrome dello stregone*<sup>2</sup> no puede dejar de reconocer que en determinada época el sistema penal era ajeno a la gente –influenciada ésta por la despreocupación de los medios– como una especie de *pass-partout* idóneo para enmarcar cada desviación de la legalidad.

La necesidad de “estar en la realidad” obliga al mismo *stregone* a establecer las diferencias de los condicionamientos del momento y a volver a casa: y de esta manera a utilizar los instrumentos propios de valoración, las propias categorías científicas.

2. El ámbito del control penal de la legalidad de la actividad administrativa constituye, desde hace tiempo, el lugar privilegiado de verificación de la capacidad de respuesta del derecho y del sistema penal en su conjunto, en términos de eficacia efectiva y de legalidad. Ello es así por varias razones, algunas de las cuales no pueden tratarse aquí:

a) En primer lugar, porque el Código Penal vigente dedicó, conforme al resto de las concepciones dominantes de la época, un Título completo referido a los delitos de funcionarios contra la Administración Pública, configurando un amplio sistema de tutela basado sobre una individualización normativa suficientemente clara de las modalidades de ataque al valor o a los valores que fundamentan la actividad del Estado en el sector de la Administración. El tema de la tutela penal de la

(\*) Texto de la intervención desarrollada por el convenio Cogest sobre “Valores ideales y principios empresariales en la función pública” que ha tenido lugar en la Universidad La Luiss de Roma, el 30 de mayo de 2001. Traducción realizada por Susana Barón Quintero (Universidad de Salamanca).

1. El autor utiliza el término *tangentopoli* para referirse a la época en la que surgieron numerosos episodios de soborno como fenómeno de corrupción llevados a cabo por los funcionarios públicos en Italia. (Nota del Traductor).

2. O “síndrome del mago”, esto es, aquella persona que tiene pleno conocimiento sobre todas las cosas de manera sobrenatural. (Nota del traductor.).

Administración pública constituye un punto central en la reflexión del legislador de 1930 que con el objeto de restar fe al dogma de la concepción antropomórfica del Estado-Administración, articuló un moderno sistema de tutela, basado en el criterio del origen del ataque a la legalidad de la acción de la Administración, o en la forma de ofensa de los bienes considerados en esos momentos esenciales para la fidelidad y para el prestigio de la Administración pública. La presencia en un Código Penal de un capítulo referido expresamente a la Administración Pública, ha sido por mucho tiempo una prerrogativa exclusiva de nuestro código, testimonio de una moderna peculiaridad y de una específica necesidad político-criminal;

b) en segundo lugar, porque el descubrimiento por parte de los jueces instructores de estos delitos a finales de los años cincuenta, después del largo sueño que duró los años del fascismo y de la recuperación, retrasó por mucho tiempo el agudo e instrumental enfrentamiento entre el poder judicial y el poder político administrativo, hecho que ha marcado la aplicación de estos delitos con distinta intensidad hasta nuestro días;

c) en tercer lugar, porque la aplicación poco clara de estos delitos, que se intensifica por el conflicto citado, impulsará al legislador a rediseñar las formas de tutela con la simple reforma del ámbito de la parte especial actualmente existente. La reforma de los delitos contra la Administración pública establecida por la ley número 86 del 26 de abril de 1990, representa el intento de una redefinición de los límites entre lo lícito y lo ilícito que tiende a perseguir un doble objetivo de signo diverso: por un lado, comprende el garantizar a los funcionarios públicos una menor exposición respecto al riesgo penal y por otro lado, el intensificar la represión de los hechos considerados negociaciones impropias y deshonestas dentro de los aparatos públicos.

3. La verificación de la eficacia y efectividad del control del sistema penal sobre la legalidad de la actividad administrativa, no puede más que tomar las directrices de la verdadera y significativa experiencia establecida por el Capítulo I del Título II del Código Penal, después del largo estado de reposo casi treintenial en la que se encontraba: y en este sentido, la malversación de caudales públicos y en particular la modalidad de conducta "de desviación", supone el principal medio de ataque a los abusos en la utilización de los recursos por parte de los sujetos *intrañeus* a la Administración Pública.

Como resultado de las investigaciones llevadas a cabo en algunos clamorosos casos jurisprudenciales, en el momento en que comienzan a actuar las

instancias típicas del Estado Social de Derecho, el Poder Judicial interviene en la gestión de los recursos públicos, negando al poder administrativo los márgenes de discrecionalidad que habría necesitado para ejercer adecuadamente las nuevas competencias del Estado, especialmente en el ámbito económico.

De esta manera, comienza la denominada edad de oro de la malversación por desviación de caudales públicos que poco a poco da lugar a un tipo delictivo autónomo, que en la jurisprudencia dominante vino a asumir un contenido tan amplio que pretendía sancionar en su ámbito de represión punitiva directamente los comportamientos de los funcionarios que desviaban los recursos de la Administración pública en favor de intereses internos a ésta, aunque diferentes de aquellos para cuyos recursos eran originariamente destinados. En esta fase empieza a manifestarse un fenómeno que posteriormente ha señalado la experiencia jurisprudencial de los últimos lustros: esto es, la tendencia -destinada a convertirse en práctica casi constante- a ampliar el límite del tipo basado en aseveraciones establecidas por urgentes necesidades de política criminal.

En contra de numerosos y autorizados reclamos doctrinales, la vía interpretativa del concepto de desviación de caudales públicos no cambia y de esta manera, a la larga, obliga al legislador a intervenir para subsanar los supuestos enjuiciados por la mala práctica judicial. La intervención aparece en cualquier caso bajo la anómala forma de concesión de perdón para los imputados o condenados por malversación por desviación de caudales. Estamos en los inicios de los años sesenta: la medida de indulgencia establecida en el decreto del Presidente de la República sobre la concesión de amnistía número 283 del 22 de mayo de 1970, produce un doble y significativo efecto contrario. Por un lado, constituye el reconocimiento legislativo de la figura autónoma de la malversación por desviación de caudales públicos, pero por otro lado, sin embargo, no determina de hecho su fin.

Desde este momento, la atención de la represión penal descansa sobre otros paradigmas normativos aunque como consecuencia de una recuperación del significado original de la desviación de caudales públicos a usos ajenos a la Administración pública respecto al concepto de malversación por desviación.

4. El tipo de malversación por desviación de caudales públicos desaparece por la improvisación de representar el baluarte normativo de control de la legalidad penal de la acción de la Administración. En realidad, si se considera este hecho descrito desde una perspectiva a medio-largo des-canso, uno se da cuenta de lo inapropiado que es

hablar de baluarte. Sobre todo si se ha tratado de una reacción que se asemeja a un fuego de paja alimentado por las exigencias moralizantes sostenidas por la opinión pública, trámite y medio que no han conseguido alcanzar niveles de efectividad de tutela suficientemente significativos. Como dato relevante es el hecho de que la atención del poder judicial descansa ahora sobre otro tipo delictivo, concretamente aquél basado en perseguir el interés privado en acto de servicio, que demuestra desde una extraordinaria flexibilidad de contenido, idónea en sentido abstracto para permitir su utilización dirigida a alcanzar fines extraprocesales.

Este tipo, sin aplicación en los cuarenta años precedentes de vida del Código Rocco, de repente se ha convertido en una especie de "estrella" en los despachos de fiscales y tribunales: es objeto de un particular "interés" que encuentra indudablemente razón de ser en su capacidad de someter —de manera encubierta— a valoración penal, el mérito de las decisiones que competen al poder de la Administración.

En orden a poner de manifiesto el grado de condicionamiento sobre los poderes de la Administración, pensemos en las aludidas incriminaciones relativas al interés privado de los funcionarios públicos que nombraban como miembros de comisión (p. ej. en la redacción del plano regulador) a los profesionales de reconocida y alta cualificación profesional apartados todos ellos del ámbito político. La configuración de la toma de interés por el funcionario —contenido objetivo del tipo delictivo— aparecía como una operación hermenéutica de fácil aplicación y ejecución y a la luz de cualquiera de los posibles objetos de tutela previstos en la norma. En otros términos, incluso en presencia de los indicios más débiles, era posible considerar como una "instrumentalización" del servicio prestado la persecución de fines privados no personales. La gama de las interpretaciones del concepto normativo "toma de interés privado" era amplísima, de tal forma que hizo surgir legítimamente la sospecha fundada de una violación del principio de determinación de la norma.

Por otro lado como ha resaltado, con la sensibilidad habitual del gran jurista garantista, el recordado maestro Giuseppe Bettiol, en un ensayo escrito en uno de los momentos de mayor conflicto entre el poder judicial y el poder político administrativo. Porque —en realidad—, las instancias de control penal sobre la legalidad administrativa encuentran en el delito de interés privado un ámbito todavía más propicio, aunque supone una reacción más dura por parte del poder político administrativo que se siente más expuesto y en el fondo más privado de defensa.

En realidad la amplitud semántica de la expresión "toma de interés privado" aparece bastante más peligrosa como demostraba suficientemente la amplia gama de posibles interpretaciones: con este fantasmático parámetro normativo de referencia habría sido posible realizar cualquier manipulación de los datos reales-históricos y controlar, de hecho, el mérito de la actividad de la Administración.

En resumen: el riesgo que el planteamiento de la toma de interés privado en un acto de la Administración pública fuese una elección funcional en un tipo de objetivo extraprocesal está en el fondo de todo: el esquema normativo del delito deja demasiado margen de actuación a la actividad represiva de los fiscales de la República. Y de ahí la consiguiente elevación del nivel de conflicto con el poder político-administrativo siempre propenso, por otra parte, a vestir las prendas de la víctima.

La arbitrariedad de tantas interpretaciones de la expresión "toma de interés privado" había sido rápidamente tomada en consideración por la reflexión de la doctrina penal más preocupada respecto a que los límites del tipo fueran conformes a los principios constitucionales. En consecuencia, la jurisprudencia por efecto de las durísimas críticas de la doctrina, se orienta finalmente, sobre una solución interpretativa que excluía la existencia del delito siempre que junto a la toma de interés privado pudiera también resultar satisfecho el interés público.

Esta delimitación del ámbito de operatividad de la prohibición del originario artículo 324 del Código penal establecida por el Tribunal Supremo es en efecto una aplicación del principio constitucional de ofensividad: la coincidencia entre la persecución del interés público y la consecución de objetivos privados impone el declarar por realizado el principio de la buena marcha de la actividad de la Administración y por lo tanto el constatar la imposibilidad de lesión del bien objeto de la tutela penal.

No sorprende entonces que como resultado de este *dictum* jurisprudencial el tipo de interés privado desemboca decididamente en el camino de la decadencia y es así como comienza a disminuir su percepción social como instrumento —adecuado y justo— de ataque de la ilegalidad de la acción de la Administración. Considerada desde un largo período de tiempo, la experiencia jurisprudencial sobre el interés privado, representa ésta un prolongando fuego de paja alimentado artificialmente por intereses externos de naturaleza extrajudicial y por tanto incapaz de constituir un eficaz y efectivo obstáculo contra las conductas de agresión respecto a los bienes fundamentales de la Administración pública.

Hay que resaltar por otro lado, que el duro enfrentamiento entre la doctrina y la jurisprudencia no se limita a evidenciar los excesos interpretativos y los posibles instrumentos políticos. Sirve también como punto de partida para una reflexión desde la perspectiva *de iure condendo*, porque estimuló al legislador a elaborar una reforma de los delitos de funcionarios contra la Administración pública de la cual empezó a predicarse su necesidad.

5. Cerrado el paréntesis del interés privado, la práctica judicial de los años ochenta dirige su máxima atención a otros dos delitos, la omisión en actos de servicio y el abuso innominado en actos de servicio. Esta fase se abre presumiblemente como resultado de consolidarse un comportamiento de gran pureza —que a veces desemboca en la inercia— de los funcionarios públicos en el desarrollo de la actividad de la Administración. El elevado riesgo penal en el que estaban expuestos por las opciones represivas, fruto —como hemos visto— de comportamientos poco ortodoxos respecto a los confines legales de los distintos tipos delictivos que atentan a los valores de la Administración pública empujó a la prudencia y poco a poco a la inactividad: la sombra de la incriminación por interés privado actuaba como fuerte obstáculo respecto al ordinario cumplimiento de las funciones. De esta manera, por ejemplo no se procedía al nombramiento de los miembros de la Corporación, por temor a la incriminación del interés privado.

En una situación de este tipo se trató entonces de “obligar” a la Administración a actuar. ¿Y qué medio mejor de estímulo (se ha de decir) que el que se constituye por necesidad de evitar la incriminación de delito? La utilización del delito de omisión en actos de servicio, en este sentido, pone a los funcionarios en la misma posición que los navegantes que debían atravesar el estrecho de Messina: el evitar Scilla (el interés privado) no quería necesariamente significar una navegación tranquila a causa del peligro de destruirse en Cariddi (la omisión de actos de servicio). Lo demuestra sabiamente el modelo interpretativo sometido a parámetro por la integración del delito de omisión de actos de servicio. Partiendo de la (presunta) necesidad de una valoración integrada por las peculiaridades del ordenamiento administrativo y penal se establece una lectura del contenido del tipo penal de omisión de actos de servicio como norma sancionatoria del precepto de naturaleza administrativa. El contenido del delito consiste en la falta de cumplimiento de la obligación, fijado por la normativa administrativa. Esto es también así, cuando ningún prejuicio concreto puede preverse para la Administración pública. Si

después del incumplimiento se encuentra justificación, es aquí donde está preparado el recurso a la incriminación subsidiaria del abuso innominado en actos de servicio que castigaba un hecho no previsto expresamente como delito por el ordenamiento jurídico con tal de que fuera cometido con el dolo específico de acarrear un daño o procurar una ventaja a terceros.

De esta manera, es difícil configurar la acción del Poder Judicial como una forma sencilla de control penal sobre la legalidad de la actividad de la Administración a causa de la fuerte injerencia en los criterios de oportunidad propias de la Administración. Confiar en la intervención hipotética del sistema penal como antídoto contra la inactividad de los poderes públicos indica el estado de salud de la otras ramas del ordenamiento jurídico, más allá de evidenciar ciertamente un uso manifiesto del derecho penal en funciones de gobierno y no en defensa de la sociedad. De todos modos, respecto a estos intentos de la práctica de utilizar de manera políticamente impropia el instrumento penal, la reacción de la doctrina es dura y doble. Por un lado, se preocupa de desenmascarar el uso impropio de los dos tipos delictivos y por otro lado, propone soluciones interpretativas de acuerdo a los intereses tutelados y compatibles con los cánones interpretativos vigentes en el derecho penal.

Es así como, en el ámbito de la primera perspectiva de intervención, el *leit motiv* de las críticas se puede resumir en la subrayada inderogable necesidad de una apreciación “política” dirigida a valorar la viabilidad y la oportunidad del actuar de la Administración. Si el director de un teatro lírico no convoca a concurso el puesto de oboista de la orquesta porque en la programación anual no eran introducidos las obras que requerían la presencia del oboe, no puede estar “obligado” a convocar dicho concurso por la aplicación mecánica de la cláusula estatutaria que prevé la ocupación inmediata de cada puesto libre y por la incumbente amenaza de la incriminación por la omisión de actos de servicio.

En el contexto de la segunda línea de intervención se reivindica, en cambio, el respeto de la autonomía de la valoración penal y la necesidad de una consiguiente reconstrucción del objeto de tutela descolgada de las premisas civilísticas: desde aquí la reconstrucción del contenido de lo ilícito como boicot de la actividad de la Administración y por tanto como atentado a la consecución final de la buena marcha.

Desde esta óptica, lo que importa es la eficacia de la Administración pública, valorada concretamente por la experiencia administrativa y no ya por el incumplimiento formal de términos judicialmente considerados perentorios.

Concretamente es esta segunda postura de convertirse en derecho vigente, recuperándose así tanto la dimensión de la legalidad como la de la eficacia. Y teniendo como efecto positivo ulterior la radical redimensión aplicativa y también la figura del delito de abuso innominado de servicio del que ha hecho surgir la absoluta arbitrariedad.

Esta elección, al contrario de la percepción laica desde el punto de vista de la eficacia y de la legalidad, viene consumándose según una perfecta línea de continuidad con las otras ya examinadas, si bien con la peculiaridad derivada por el diverso modelo normativo de referencia: una criminalización a fuego de paja prolongado y alimentado por el consenso común, destinado inevitablemente a apagarse bajo el impulso de acciones defensivas soportadas por sencillos y lineales caminos argumentativos fundados sobre los principios constitucionales en materia penal.

También aquí al final, las cuentas han salido: sin el respeto de los límites puestos por la exigencia de legalidad, la represión penal se deslegitima y pierde significado.

6. El esquema hasta ahora aquí esbozado no comprende un núcleo esencial de la tutela penal de la Administración pública o sea, los delitos de corrupción por la sencilla razón que —aparte del famoso proceso Looched— han permanecido, hasta el descubrimiento del *tangentopoli*, sustancialmente en la sombra.

Como hemos visto, el foco de la experiencia jurídica y del relativo control de legalidad una y otra vez era polarizado sobre aquel delito que mejor se prestaba a tomar las instancias represivas conexas a patologías difusas que se manifestaban en la Administración de lo público. La descripción a grandes rasgos de las distintas edades de oro que han acompañado la experiencia aplicada a los delitos que aquí se han analizado, ha puesto en evidencia fuertes razones de conflicto entre el poder judicial y el poder político-administrativo portadores de instancias antiguas y necesitadas de encontrar reglas ciertas y comunes de reglamentación de los conflictos mismos. La necesidad de un nuevo sistema de control penal de la Administración pública tenía en el fondo un marcado fin desde el inicio, es decir, desde el debate científico sobre la reforma del delito de malversación de caudales públicos: el irrumpir impetuoso del sistema penal en el ámbito de la Administración.

En estas instancias y en esta obligación esencial de trazar con claridad, rigor y precisión un nuevo límite entre la discrecionalidad administrativa y el ilícito penal da, o al menos cree que da, respuesta exhaustiva la reforma actualizada con la ley 26 de Abril de 1990, número 86, que modifica el capítulo completo relativo a los delitos contra la Admi-

nistración pública de la siguiente manera: 1) la creación del nuevo delito de abuso de servicio como pilar principal dentro del sistema; 2) expresa abrogación, bien sea de la malversación de caudales públicos por desviación, bien sea del tipo de toma de interés privado en actos de servicio, o bien sea del abuso innominado por actos de servicio; 3) nueva redacción del delito de omisión por actos de servicio; 4) pequeñas modificaciones en los delitos de corrupción y en la modalidad de cohecho; 5) introducción del delito de corrupción en actos judiciales.

Ahora bien: sometido rápidamente a la prueba de fuego el nuevo sistema se revela inmediatamente un *boomerang*. Se derrumba concretamente en su elección político-criminal de fondo, y también en la capacidad de respuesta del nuevo delito de abuso que se muestra indeterminado para consentir bien sea un control directo sobre el éxito de la actividad de la Administración o bien sea la superposición en las decisiones del poder judicial sobre las de la Administración. Se abre así una nueva etapa de fuertes y exasperados conflictos rendidos todavía con más fuerza por el clima cebado de intolerancia por los hechos del *tangentopoli* que obligan nada menos que a la carga más alta del Estado como es la de intervenir públicamente en el debate y en el conflicto para augurar un mayor equilibrio y una utilización más justa del nuevo paradigma normativo.

El nuevo tipo delictivo de abuso verdaderamente parecía un pedazo de arcilla maleable y adaptable *ad libitum* a cualquier opción represiva y susceptible de etiquetar, a un gran número de administradores honestos incriminados por la ley, o mejor dicho por la mala interpretación de una mala norma. Los excesos del nuevo tipo de abuso estaban ahí, es decir en las mismas opciones legislativas: sólo un milagro habría podido conferir contenido determinado y contorno taxativo a un tipo que se predicaba como síntesis de una pluralidad de comportamientos penales ilícitos reconducidos antes a la malversación por desviación de recursos, al interés privado y al abuso innominado.

Este nuevo fuego de paja represivo, todavía sostenido por los soportes de los medios de comunicación de dudosa inspiración, pone de manifiesto de manera visible y significativa cómo sería ilusoria la eficacia y la efectividad de control sin el respeto del canon fundamental de la legalidad subespecie de la indicación determinada de los comportamientos punibles. La posterior reforma de la regulación del abuso de funcionario sancionado con la ley de 16 de julio de 1997 número 234, constituye la confirmación más significativa del asunto: los imputados han perdido la etiqueta cri-

minal y se han convertidos en funcionarios honestos. Un *imprimatur* de mayor valor y francamente de difícil hipótesis.

7. El *gap* entre la percepción común y el juicio científico de la eficacia y efectividad de la represión penal es simbólicamente representada concretamente por la experiencia de la época que se desarrolla bajo el nombre del *tangentopoli*.

Como hemos tenido ya ocasión de observar, los tipos de corrupción y de cohecho no han tenido el honor del esplendor penal hasta los inicios de los años noventa, hecha la excepción para aquel absoluto y extraño supuesto de corrupción relativo a las adquisiciones de los aviones *Hercules 103* por parte del Ministerio de Defensa italiana bajo dotaciones de dinero por parte de la sociedad productora americana, la *Lockeed*.

La razón de esta afirmación tan significativa, al menos para la corrupción, está sustancialmente en buscar la dificultad de acierto del pacto corruptivo, estipulado desde el corruptor al corrupto, ambos portadores del mismo específico interés de no estar perseguidos penalmente y por lo tanto a no presentar ninguna denuncia.

El irrepetible contexto histórico-político-económico-institucional propio de los inicios de los años noventa sugiere a algún fiscal de la República el *escamotage* de ofrecer al ciudadano de a pie, (casi siempre empresario) la impunidad debida a la víctima de la vejación. Así los fiscales proceden a aplicar penalmente el delito de cohecho en vez del tipo de corrupción y esta elección da lugar a las notorias y famosas colaboraciones que llevan a la luz un difuso y perverso sistema de ilegalidad en la gestión de los contratistas públicos y de la Administración pública en general.

Comienza así una acción imponente de represión penal que encuentra soporte consistente y directo en la opinión pública que viene directamente transformada en actor arbitrario del proceso.

La difusión en el territorio del Estado y la capilaridad de los sumarios seguidos en pocos años ilusionan (¿o parecen ilusionar?) por fin a fiscales expertos de la República que anuncian el fin próximo de la corrupción político-administrativa y el saneamiento moral del país, de esta manera, establecen internamente una específica perspectiva político-criminal, y también la reformulación de los distintos tipos penales de una manera más amplia y flexible (piénsese en el proyecto anticorrupción presentado por los magistrados del *pool* de la Fiscalía de la República de Milán).

Como muestra la historia del derecho penal, todavía las grandes y difusas patologías sociales no han sido jamás paliadas por los medios represivos dispuestos por el ordenamiento jurídico: es demasiada compleja la génesis de estos fenómenos, su es-

tratación y el entuerto de las causas políticas, sociales y económicas que las sostienen para ser barridas de la calle en poquísimos tiempo **exclusivamente** por el mecanismo represivo del derecho penal.

Asimismo la experiencia represiva del fenómeno corruptivo ha terminado por recorrer senderos ya conocidos por los investigadores de las ciencias criminológicas y penalísticas. En efecto fueron suficientes otros pocos años para demostrar qué falaz era aquella afirmación: concretamente los mismos fiscales expertos que se habían ilusionado (¿o habían fingido ilusionarse?) sobre la capacidad represiva del derecho penal para eliminar el fenómeno corruptivo, están todavía en las primeras páginas de los medios de comunicación para lanzar, afligidos, la alarma por la corrupción propagadora que todavía parece atenuar al país. Un paso atrás clamoroso que se manifiesta en el desconcierto de la opinión pública e irrita a los manipuladores populares de la profesión, aparece perfectamente en consonancia con la percepción científica de la función y de los límites propios del derecho penal de un Estado democrático. La confirmación bastante más significativa se puede encontrar en un fragmento del fundamento del Tribunal de Milán que cierra uno de los procesos símbolo del *tangentopoli*, el de Mario Chiesa: "El esquema que deriva de los hechos objeto del presente procedimiento (da lugar a un conjunto de otros hechos que casi cotidianamente desembocan en las investigaciones originadas por el presente procedimiento) ha traído al conocimiento judicial un contexto que no ha producido desviaciones aisladas individuales, sino más bien se trata de comportamientos habituales, constantes y generales que han dado origen a un verdadero y particular **sistema de ilegalidad difusa**. De hecho, aparece de manera sistemática el uso criminal, ampliado y generalizado por los poderes públicos y por razones de oportunidad, unidos a la gestión del ámbito público, de los bienes y de los recursos de la colectividad. Ese uso está dirigido al enriquecimiento personal de los funcionarios públicos o al financiamiento de la actividad destinada a aumentar o por lo menos a consolidar las bases de consenso de individuos o de grupos organizados o incluso dirigidas a reforzar solamente las posiciones de empresa. Continúa, a pesar de tales desviaciones difusas, y a pesar del sistema ilícito, y no cambian los esquemas normativos dentro de los cuales dan lugar a las conductas criminosas: cohechos y corrupciones, no obstante, la gravedad del fenómeno de los denominados *tangentisti* a pesar de los hechos tentativos en un pasado reciente para crear nuevos esquemas, permanecen los dos tipos a los que se debe referir por la represión penal de tal fenómeno".

Otro enorme fuego de paja se ha consumado sin que el fenómeno patológico se haya desvelado y

sin que se haya transmitido a los ciudadanos un camino seguro y un mensaje de verdad íntegra.

8) Así termina el análisis de las distintas edades de oro de los delitos contra la Administración pública. El mismo análisis nos ha provisto de la necesidad de concentración y síntesis de las distintas experiencias aplicadas con algunas indicaciones importantes:

A) Lo primero de todo es que ha evidenciado una ruptura clara sobre el modo de entender la capacidad de respuesta del derecho penal: si la percepción social parece elevarlo a instrumento decisivo de ataque a la ilegalidad, el juicio científico al contrario ni reduce fuertemente la amplitud ni la intensidad de los efectos. Por ello, corre el riesgo de cebar indeseables consecuencias político-sociales en la medida en que se justifican presiones indebidas sobre el poder legislativo dirigidas a usos inadecuados del derecho penal (piénsese en el citado proyecto anticorrupción el *pool* milanés).

B) En segundo lugar, ha salido a la luz la dificultad de conjugar correctamente la exigencia de la represión con aquellos parámetros importantes de la legalidad: la tentación de superponer nuevas (y presuntas) necesidades político-criminales casi siempre ha tomado la ventaja sobre la exigencia de respetar los límites de los esquemas normativos dentro de los cuales el legislador ha encerrado los desvalores considerados punibles. Es decir, ha comprobado a largo plazo una pérdida de credibi-

lidad de las mismas opciones represivas y ha legitimado también reacciones políticas no precisamente ejemplares (piénsese en la amnistía concedida por la malversación por desviación de recursos públicos).

C) En definitiva ha evidenciado la necesidad de que la represión no sólo sea fruto de las opciones político-criminales consideradas como justas, sino que sea consecuente con la redacción de las normas penales respecto al fundamento básico de la determinación del tipo. En otros términos: el principio de taxatividad del tipo se reafirma como el parámetro de la específica diversidad del sistema penal que, a diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, no está ahí para suministrar una tutela global y completa a los objetos de tutela (piénsese en el nuevo abuso de servicio).

Sabemos que esta necesidad se injerta sobre el tronco del derecho constitucional de la libertad personal y se manifiesta concretamente en los milares de tipos puestos a disposición de sus objetos de tutela que hacen resaltar como ejemplo a las poquísimas normas (poco menos que dieciséis) capaces de cubrir el arco entero de la tutela civil. Desde aquí la ineludible lección que no pide a una rama del ordenamiento suministrar respuestas por cantidad y sobre todo por calidad superiores a su capacidad de prestación dependiente de su naturaleza y de sus características estructurales. ¡A cada cual lo suyo!