

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL
GRUPO ESPAÑOL

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

Coordinador:
Adán Nieto Martín



UNIVERSIDAD DE
CASTILLA-LA MANCHA

INSTITUTO DE DERECHO PENAL
EUROPEO E INTERNACIONAL

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL
GRUPO ESPAÑOL

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

Coordinador:
Adán Nieto Martín



**UNIVERSIDAD DE
CASTILLA-LA MANCHA**

**INSTITUTO DE DERECHO PENAL
EUROPEO E INTERNACIONAL**

2004

Asociación Internacional de Derecho Penal
Grupo español

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

Derecho penal del menor
Non bis in idem internacional
Derecho disciplinario
Corrupción en el comercio internacional

Contribuciones al
XVII Congreso Internacional de Derecho penal.
Pekín 2004

Propuesta de cita:

Nieto Martín (coord.). Estudios de Derecho penal. Trabajos preparatorios del Grupo español de la Asociación Internacional de Derecho penal con ocasión del XVII Congreso Internacional de Derecho penal. Pekin 2004. Ediciones del Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla la Mancha y Grupo español de la AIDP. Ciudad Real. 2004

Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla la Mancha. C/ Altagracia, 50, Ciudad Real, Campus Universitario, 13071.

Secretaria: carmen.carrasco@uclm.es

Edita: Ediciones del Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha y Grupo español de la AIDP

ISBN: 84-8427-326-1

Depósito Legal: CU-97-2004

Imprime: Marín Álvarez Hnos., S. A.

ÍNDICE

Presentación	7
---------------------------	---

Luis Arroyo Zapatero.

Presidente del Grupo español de la AIDP

SECCIÓN I: Responsabilidad penal del menor	11
---	----

Ágata M^a Sanz Hermida

SECCIÓN II: La corrupción en las transacciones comerciales internacionales	45
---	----

Adán Nieto Martín

SECCIÓN III: Los principios del derecho procesal penal y su aplicación a los procesos disciplinarios	153
---	-----

José Garberí Llobregat

SECCIÓN IV: Competencias criminales nacionales e internacionales y principio de non bis in idem	195
--	-----

María del Mar Díaz Pita

Presentación

El año 2003 ha sido el de la más grave ruptura de la legalidad internacional desde la constitución de Naciones Unidas tras la segunda guerra mundial, y es tarea necesaria de cuantos compartimos la creencia de que resulta imprescindible para la convivencia de los pueblos un tal orden internacional el contribuir a su reconstitución y fortalecimiento. La Asociación Internacional de Derecho Penal no es ajena a la construcción de ese orden jurídico internacional. Nuestro nacimiento, expuesto y analizado en el libro de Ignacio Berdugo, que se encuentra hoy disponible en la página web de nuestro grupo español (<http://aidpespana.uclm.es>), obedece a dicho propósito. Es mas, el hito más importante del progreso de ese orden jurídico internacional ha sido la creación de la Corte Penal Internacional, cuyo primer año de vida completo ha sido precisamente el año 2003. Pues bien, su origen y los trabajos técnicos conducentes a la firma del estatuto de Roma en 1998 se encuentran en el impulso y decisión de nuestros predecesores.

En la reunión del consejo de dirección de junio de 2002 en París nuestro presidente Chérif Bassiouni nos anunció la aparición del acta de la primera reunión de dicho órgano tras la guerra mundial, el 16 de mayo de 1946, que ha sido publicada en el volumen primero de la Revue del año 2002. Allí se revela que el profesor de Paris Henri Donnedieu de Vabres, fundador de la AIDP y magistrado del Tribunal militar internacional de Nuremberg y en la misma ciudad, en el marco de las sesiones de dicho tribunal convocó una reunión del consejo de dirección. El acta está tomada con la precisión propia de los servicios de un tribunal de tales características, asistido por el entonces revolucionario sistema de la traducción simultánea, que entusiasmaba

a los asistentes y les hacía patente que por vez primera ya no era necesario dominar el francés para trabajar en común. Con su lectura podemos representarnos a la perfección aquel día de sol de primavera alemana, cuyos rayos hacían refulgir el estremecedor paisaje de ruinas de la ciudad de Nuremberg, y al grupo de personalidades de la ciencia penal europea de entreguerras, combinando atuendos civiles y militares: además de Donnedieu de Vabres, el rumano Vespasiano Pella, secretario general del Buró internacional para la unificación del derecho penal, creado por la Sociedad de Naciones, Jean Graven, el patriarca del derecho penal suizo, el profesor Rapoport, ya presidente del Tribunal Supremo de Polonia, recién liberado de largo cautiverio; el entonces joven secretario general de la Asociación, Pierre Bouzat, que todavía no era "le Doyen", acompañados de penalistas de países lejanos a la vida tradicional de la Asociación, pero a quienes la guerra ha puesto en común: el juez norteamericano Francis Biddel, el magistrado inglés David Maxwell-Fyfe, el Lord Justice Lawrence, presidente del Tribunal militar internacional; el general y juez soviético Nikitchenko, acompañado del profesor Tranine, discípulo del terrible Vichinsky, entre otros de menor nombradía. Allí se compone la idea de reanudar y ampliar las tareas de la AIDP, prolongar la colaboración entre los penalistas reunidos en Nuremberg más allá de la vida del Tribunal, e impulsar los trabajos conducentes a la unificación del derecho penal internacional y a la creación de una corte penal internacional, que en 1937 había sido objeto de una primera convención pero que había quedado limitada al trámite de ser abierta a la firma.

La AIDP hoy continúa aquel impulso de conocimiento mutuo y de colaboración científica y preparación de una opinión común sobre los cuatro temas que cada cinco años se analizan en los congresos generales. El próximo mes de septiembre está prevista la celebración en Pekín del que abordará los temas a los

que se refieren las cuatro relaciones de Derecho español que nuestro grupo ha presentado en los respectivos congresos preparatorios y que han sido compuestos por los profesores: Ágata Sanz Hermida, Adán Nieto, José Garberí, y María del Mar Díaz Pita, a los que agradezco su fructífero trabajo, que nos permitirá quedar muy bien representados en ese sorprendente y emergente país de la China. Para su mejor aprovechamiento pueden leerse los trabajos de carácter preparatorio e introductorio a cargo, respectivamente, de los profesores Reinald Ottenhof, Dieter Dölling, Mario Chiavario y José Luis de la Cuesta, este último en colaboración con Albin Eser, que se encuentran bajo el título “trabajos en preparación” en nuestra página web.

Ciudad Real, 15 de enero de 2004

Luis Arroyo Zapatero

Presidente del Grupo español de la AIDP

SECCIÓN I

Responsabilidad penal del menor

Ágata M^a Sanz Hermida
Profesora Asociada de Derecho penal. Toledo. UCLM

I. FUNDAMENTO

1. Introducción.

El tratamiento jurídico del menor al que se le imputa la comisión de un ilícito penal ha experimentado una evolución considerable ya desde finales del s. XVIII, pero sobre todo durante el s. XIX y principios del XX, como consecuencia de los importantes cambios sociales ocasionados por la revolución industrial, de la evolución científica del Derecho penal y procesal-penal y de las aportaciones propugnadas por las corrientes humanitarias de la época. Esta evolución vino caracterizada por el salto de aplicación a la delincuencia de menores de un sistema puramente penal a otro de naturaleza especializada, a partir de su consideración como fenómeno jurídico autónomo¹, fundado en la idea de que la madurez en sentido biológico, psicológico y social se adquiere a través de un proceso de crecimiento progresivo, variable desde el punto de vista subjetivo y fuertemente condicionado por factores externos, entre ellos, la educación y el ambiente familiar, económico y social en el que el sujeto vive², lo que necesariamente ha de tener un reflejo en el modelo jurídico que se prevea para su tratamiento.

Sin embargo, desde la creación de los primeros Tribunales para niños³ hasta nuestros días, el tratamiento jurídico de los menores a los que se les imputa la comisión de un ilícito penal se ha debatido entre la indulgencia y la necesidad de su castigo,

Nota del autor: Este artículo fue terminado en agosto de 2002, por lo que no se incluyen reformas posteriores.

¹ En contra de esta idea MESAS TRIVES, A, *Criminología de los menores*, en VV.AA., *Niños y jóvenes criminales*, Granada, Comares, 1995, pp. 75-105, esp. pp. 104 -105.

² MASTROPASQUA, Isabella. *I minori e la giustizia. Operatori e servizi dell'area penale*, Napoli, Liguori Editore, 1997, p. 119.

³ El primer Tribunal para niños se creó en Chicago (Illinois, USA) en 1899.

entre la prevención y la represión, lo que ha tenido fiel reflejo en la regulación jurídica de la responsabilidad exigible a estos sujetos.

Así, la Ley española de Tribunales Tutelares de menores de 1948 partía de la consideración del menor como sujeto incapaz y necesitado de protección lo que originó el establecimiento de un complejo sistema jurídico para el tratamiento conjunto de las conductas delictivas e infractoras de los menores, así como del cuidado de sus situaciones de desamparo. En este modelo tutelar, el Juez o Tribunal debía intervenir como más como padre que como Juez⁴, y a esta visión respondía tanto la conformación del órgano enjuiciador como el procedimiento para la exacción de responsabilidad de los menores infractores –considerados inimputables– o, en su caso, para la tutela de los menores desamparados y el sistema de medidas imponibles a los mismos. Baste citar algunas de las especialidades establecidas en este modelo tutelar, como el enorme margen de discrecionalidad en la valoración de las conductas y en la individualización de la medida a imponer de los Tribunales tutelares de menores, el carácter inquisitivo del «proceso» que ante ellos se desarrollaba, la ausencia de contradicción, el secreto de las actuaciones, la prohibición de asistencia letrada al menor, la no sujeción a las reglas procesales vigentes en el ordenamiento o la posible indeterminación de las medidas a imponer⁵.

⁴ Siguiendo la denominada doctrina del «*parens patriae*», surgida en los EE.UU. con la creación del primer Tribunal para niños en la ciudad de Chicago (Illinois) en 1899, conforme a la cual se autorizaba a sus respectivos órganos legislativos a la protección de los niños «como haría un padre con sus hijos». HALL, Kermit L. (editor), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1992, p. 478, voz «*Juvenile Justice*».

⁵ Sobre la evolución de la justicia de menores española y el sistema actual, ver ampliamente SANZ HERMIDA, Ágata M^a, *El nuevo proceso penal del menor*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.

Como en otros sectores del ordenamiento la aprobación en nuestro ordenamiento de la Constitución de 1978 –en adelante, CE- y la consagración de un amplio catálogo derechos y garantías fundamentales provocó la necesidad de reformar este ámbito jurídico, ya que algunas de sus disposiciones chocaban abiertamente con el nuevo marco constitucional. La existencia de un tratamiento jurídico diferenciado o específico del menor y, por tanto, del menor al que se le imputa un hecho delictivo, considerada desde el modelo de Estado español, social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), descansa en tres pilares fundamentales: en primer lugar, en el reconocimiento constitucional del principio fundamental de igualdad de todos los ciudadanos e interdicción de la discriminación (art. 14 CE), conforme al cual hay que impedir las desigualdades en el trato salvo que exista un motivo razonable y objetivo que justifique su existencia. En segundo lugar, en la formulación del principio de protección de la infancia (art. 39.4 CE) como principio rector de la política social y económica del Estado. Y finalmente, en la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). Ello lleva a considerar al menor como un sujeto en evolución, con capacidad no plena o, desde otra perspectiva, progresivamente capaz, lo que ha de tener su fiel reflejo en los distintos ámbitos jurídicos.

Por otra parte, la transformación del sistema de justicia de menores español debía acoger las modernas exigencias doctrinales⁶ en materia de justicia penal en general y, la asun-

⁶ Así, el C.G.P.J. en el Libro Blanco de la Justicia de 1997 había establecido estos principios que deberían contenerse en la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores: a. La naturaleza penal de la Justicia de menores, sin perjuicio de sus propias especialidades; b. La consecuente sujeción del procedimiento a los principios del proceso penal c. La particular consideración de los principios específicos de la justicia de

ción, en particular, de los principios y postulados demandados para la justicia de menores, como son el establecimiento de mecanismos de desjudicialización, descriminalización, desinstitucionalización y simplificación de las actuaciones procesales.

La L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores –en adelante, LORRPM- establece una normativa en este ámbito que participa de las características postconstitucionales que asume el sistema procesal penal y que se sustancia en el establecimiento de un modelo garantista y especializado de justicia de menores. Con esta reforma no ha tratado de realizarse un “texto integral” de Código penal, procesal y penitenciario del menor, una tarea a la que el Legislador renuncia tácitamente siguiendo a sus homólogos de los sistemas jurídicos de nuestro entorno, sino que tan sólo regula expresamente alguna de estas parcelas, caracterizándose el sistema de justicia de menores por su *accesoriedad* en cuanto a la selección de las conductas tipificadas en el ámbito de los menores –que son las tipificadas en el Código penal de mayores-, y su *autonomía* en cuanto a la regulación del enjuiciamiento, selección, determinación y ejecución de las medidas a aplicar a aquellos sujetos. Por otro

menores, especialmente del principio educativo, de publicidad restringida, de oportunidad con control judicial y de intervención mínima, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor. d. El sometimiento a la Justicia de los menores comprendidos entre los trece o catorce años y dieciocho años, y de los mayores hasta los veintiún años, si bien en este caso limitando al enjuiciamiento de los delitos menos graves. e. La delimitación de un amplio catálogo de medidas, de cumplimiento en el medio natural de vida del menor y con una duración máxima de cinco años, culminadas como sanción más grave con el internamiento, como último recurso en ningún caso aplicable a los menores de catorce años. f. La posibilidad de intervención judicial a los efectos de modificar las medidas adoptadas, siempre a favor del menor. g. La garantía desde el inicio del procedimiento, y en todas sus fases, de los derechos de la víctima, descartando en cualquier caso el reconocimiento del ejercicio de la acusación particular. h. La configuración del Juez de menores como Juez de ejecución, con potestad para adoptar las medidas compulsivas que sean necesarias frente a la Administración, en garantía del efectivo cumplimiento de las decisiones judiciales.

lado, se trata de una norma de carácter multidisciplinar, que, junto a los preceptos dedicados a la exigencia de responsabilidad penal a los menores que han delinquido, dedica el Título VIII a la regulación de la posible responsabilidad civil derivada del ilícito penal cometido por los menores.

2. Régimen de responsabilidad de los menores imputados por hechos ilícitos.

En la vigente LORRPM el Legislador ha dado un cambio considerable respecto a la consideración de la minoría de edad penal, que pasa de ser una causa de inimputabilidad, para convertirse en una circunstancia determinante de la exigencia de una auténtica “responsabilidad penal”⁷, pero diferenciada de los adultos. De este modo, al menor que comete algún hecho delictivo se le va a exigir responsabilidad conforme a lo establecido en esta normativa específica, que contiene especialidades tanto respecto al procedimiento de exacción de dicha responsabilidad, como a las medidas aplicables a los mismos y el sistema de ejecución de las mismas.

La responsabilidad exigible a los menores puede calificarse de penal porque se exige a partir de la comisión de un hecho delictivo –de los tipificados en el Código penal de mayores- y su exacción se lleva a cabo a través de un enjuiciamiento penal similar al de los mayores, en el que debe quedar probada la participación y culpabilidad del menor en el hecho delictivo. Sin embargo, la exigencia de esta responsabilidad penal a un menor se caracteriza por responder a una orientación de prevención especial educativa y por ello su fin

⁷ El art. 19 del Código penal español establece que «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor».

primordial es el interés del menor, por lo que se adopta un modelo de proceso flexible, pero a la vez garantizador de los derechos procesales fundamentales, siguiendo las modernas orientaciones político-criminales acordes con un Derecho sancionador mínimo, sustentado sobre el principio de *ultima ratio*⁸.

Junto a ello como novedad en nuestro ordenamiento, el Título VIII de la Ley regula la exacción de la responsabilidad civil por los daños ocasionados como consecuencia del hecho delictivo, permitiéndose el ejercicio de la acción civil, aunque de forma autónoma y paralela al proceso principal –el enjuiciamiento penal del menor– ante los mismos Juzgados de menores. En este sentido, además de las especialidades procedimentales establecidas en la Ley para esta responsabilidad civil, destaca el régimen jurídico establecido en estos casos, ya que el Legislador español ha previsto un sistema de responsabilidad solidaria, objetiva y directa de los padres o representantes legales con el menor implicado en la causa (art. 61.3 LORRPM).

II. CONCEPTO DE MENOR

El régimen español de determinación de la minoría penal parte de la división en tramos de este estadio evolutivo de los sujetos, así como la consideración, para un eventual enjuiciamiento de los jóvenes delincuentes, de las circunstancias madurativas del sujeto junto con su edad física, con importantes consecuencias tanto a nivel procesal, como de carácter sustantivo, siguiendo una técnica ya utilizada en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno con el propósito de facilitar la mejor adaptación del tratamiento jurídico a las peculiaridades y singulari-

⁸ BUENO ARÚS, Francisco, *Líneas fundamentales sobre la reinserción de los menores delincuentes*, en *B.I.M.J.*, 15 de enero de 1999, núms. 1836-1837, pp. 7-18, esp. pp. 16-18.

dades propias de cada edad, partiendo, de un lado, de que los menores son sujetos en formación por lo que el ordenamiento jurídico les ha de otorgar un *status* especial normativo⁹ y, de otro, de que a estos sujetos no se les debe exigir una responsabilidad por encima de la que son capaces de asumir. A estos efectos, pueden distinguirse las siguientes categorías:

1. Menores de 14 años.

Estos sujetos son considerados no sólo como inimputables penalmente sino como absolutamente irresponsables, de modo que cuando se les atribuye la comisión de un hecho delictivo sólo se les puede aplicar lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes en la materia (art. 3 LORRPM)¹⁰. Con esta finalidad, el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél.

2. Menor de 14 a 18 años de edad. La minoría penal.

A estos sujetos, denominados legalmente «menor» en sentido estricto (arts. 1.1 y 1.4)., cuando se les atribuya algún

⁹ ALBRECHT, Peter Alexis, *El Derecho penal de menores*, (trad. de Juan Bustos Ramírez), Barcelona, P.P.U., 1990p. 406.

¹⁰ Aunque la Ley no especifica qué preceptos en concreto son aplicables en esta materia, lo que resulta criticable, debiendo acudir principalmente a lo establecido en el Título VII del C.C. sobre las relaciones paterno-filiales (arts. 154-180) y en el Título X sobre la tutela, curatela y guarda de menores (arts. 215-313) y a la L.O. 1/1996, de protección jurídica del menor. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor ...*, *op. cit.*, p. 44.

hecho tipificado en las leyes penales, se les aplicará el régimen de responsabilidad previsto en la LORRPM, y serán enjuiciados por los Juzgados de menores (arts. 1.1 y 2 LORRPM y art. 19 del Código penal¹¹).

Por otro lado, en aras a una mejor individualización de la norma y mejor consecución de las finalidades preventivo-especiales perseguidas en este ámbito, se establecen dos tramos en esta franja de edad, de catorce a dieciséis años, el primero y de dieciséis a dieciocho años el segundo. Esta división de tramos va a traer importantes consecuencias en orden a la responsabilidad y a la determinación de las medidas aplicables, constituyendo una agravación específica el tramo de los mayores de dieciséis años por la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas¹².

3. Mayores de 18 años y menores de 21.

A estos sujetos, denominados genéricamente “jóvenes” les será de aplicación, el régimen legal previsto para los menores, atendiendo a sus circunstancias personales y a su grado de madurez, siempre que concurren además los requisitos legalmente establecidos: 1º que se trate de una falta o delito menos grave cometido sin violencia o intimidación en las personas, ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas; 2º que el menor no haya sido condenado por sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplido los 18 años; 3º que exista un acuerdo de inhibición del Juez de Instrucción penal a favor de los Juzgados de menores, puesto que la competencia originaria para el enjuiciamiento de estos

¹¹ En adelante, CP.

¹² Cfr. Exposición de Motivos y art. 9.4 y 5 de la LORRPM.

sujetos corresponde a los órganos jurisdiccionales penales comunes (art. 4 LORRPM y 69 CP)¹³.

Estos sujetos, por tanto, como mayores de edad penal están sometidos a las normas sustantivas y procesal-penales generales, y sólo excepcionalmente podrá aplicárseles el régimen de los menores como forma de atemperar la excesiva rigidez que puede presentar el establecimiento de un mero límite cronológico de edad determinante de la mayoría o minoría a partir del hecho de que acaban de rebasar los límites cronológicos de la mayoría penal y se puede todavía considerar de modo especial sus circunstancias personales y las aún altas posibilidades de educación o reeducación de los mismos¹⁴.

III. LA EXACCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

1. Órgano competente.

En el ordenamiento español, el enjuiciamiento de los hechos delictivos cometidos por menores se atribuye a unos

¹³ Sobre estos aspectos, *vid.* ampliamente SANZ HERMIDA, Ágata M^a, *El nuevo proceso...*, *op. cit.*, capítulo IV.

¹⁴ En contra de esta posibilidad de que jóvenes delincuentes sean enjuiciados por los JJ.MM. se manifiestan POLO RODRÍGUEZ Y HUÉLAMO BUENDÍA que entienden que el régimen legal previsto atenta, no sólo contra el principio constitucional de igualdad, sino también, contra el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, por lo que proponen que en esta franja de edad se permita la rebaja de la pena asignada al tipo delictivo en uno o dos grados, con posibilidad de acumular esta pena con alguna medida de seguridad adecuada a las circunstancias personales, familiares y sociales del sujeto activo del delito, o con posibilidad de sustitución de la pena por internamiento en Centro especial de reforma. POLO RODRÍGUEZ/HUÉLAMO BUENDÍA, *La nueva Ley penal del menor*, Madrid, Colex, 2000, pp. 19-20.

órganos jurisdiccionales ordinarios, los Juzgados de menores –en adelante, JJ.MM.–, órganos integrantes del orden penal y especializados en este ámbito jurisdiccional, cuya demarcación territorial es, con carácter general, la provincia (arts. 96 y 97 Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ– y art. 2 LORRPM). Estos órganos son unipersonales y están integrados por personal jurisdiccional.

A los JJ.MM. se les atribuye el enjuiciamiento de los delitos y faltas imputados a menores de edad penal (arts 1.1 y 2 LORRPM) y, en su caso, de los delitos menos graves y faltas atribuidos a los jóvenes delincuentes¹⁵, siempre que se den las circunstancias legales establecidas, a que ya se ha hecho referencia.

Por otro lado el Legislador español, atendiendo no sólo a la menor edad del sujeto imputado, sino a la naturaleza y a la gravedad del ilícito penal cometido, reserva el enjuiciamiento en exclusiva de determinados ilícitos penales en materia de terrorismo (arts. 571 a 580 del Código penal), cometidos por menores de edad penal a los Juzgados Centrales de menores¹⁶, órganos también especializados en el ámbito de los menores pero que son únicos en todo el territorio nacional, ya que están integrados en la Audiencia Nacional (art. 96.2 LOPJ), debiendo tenerse presente en ningún caso su competencia podrá extenderse al enjuiciamiento de los jóvenes delincuentes imputados en los delitos mencionados¹⁷. El objetivo de esta super-especialización en materia de terrorismo, de modo similar a lo que sucede en el ámbito de los mayores, es el de «establecer las

¹⁵ Art. 4 en relación con el art. 1.2 de la LORRPM.

¹⁶ Disposición adicional cuarta, 2a) de la LORRPM, según redacción dada por el artículo segundo de la L.O. 7/2000.

¹⁷ Disposición final 4ª.1 LORRPM, conforme a la redacción del artículo segundo de la L.O. 7/2000.

mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad (...) y para que la aplicación de las medidas rehabilitadoras, especialmente valiosas y complejas respecto de conductas que ponen radicalmente en cuestión los valores más elementales de la convivencia, pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados, y por un tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador»¹⁸.

Cabe destacar, finalmente, que el Legislador español ha tomado en consideración la necesidad de que el órgano jurisdiccional se vea asistido en este ámbito de unos equipos técnicos –en adelante, ETM–, integrados por un psicólogo, un trabajador social y un educador¹⁹, con funciones de naturaleza pericial y de asesoramiento en relación con la evaluación del estado psicológico del menor y de su entorno familiar y social y a la recomendación de las medidas aplicables (art. 27 LORRPM)²⁰, así como con funciones en materia de mediación entre el menor y la víctima a fin de aproximar sus posturas en

¹⁸ Exposición de Motivos de la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre.

¹⁹ Anexo II del Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de Justicia de 2 de noviembre de 1992. La disposición final tercera de la LORRPM, en su apartado 5º, dispone que el Gobierno (...) adoptará «las disposiciones oportunas para la creación de Cuerpos de Psicólogos y Educadores y Trabajadores Sociales Forenses».

²⁰ Según se dispone en este precepto, la importante función pericial de estos ETM quedará recogida en el preceptivo «informe» que será una importante referencia en la selección de estrategias jurídicas a seguir en relación con el menor, tanto por el Ministerio Fiscal, como por el Juez de menores. No obstante, la LORRPM también permite que estos informes puedan ser desarrollados o complementados por aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado (art. 27.6).

orden a favorecer, en su caso, una conciliación entre ambas y reparación del daño causado de ese procedimiento (art. 27.3).

2. Las partes acusadoras.

2.1. El Ministerio Fiscal.

Con carácter general el ejercicio de la acción y pretensión penales corresponden en exclusiva al Ministerio Fiscal –en adelante, M.F.–, al estar prohibido en este ámbito y con carácter general el ejercicio de acciones por particulares (art. 25 LORRPM). El papel del M.F. en este ámbito, no obstante, excede el de mero acusador público, puesto que le corresponde velar por hacer efectivo el interés/deber del Estado en lograr la educación/reeducación del menor. Por ello se le conceden importantes facultades en la averiguación de la personalidad del menor ya en fase de investigación penal, confiéndole no sólo la dirección de esta fase, sino la selección de las estrategias a seguir en todo el proceso o, en su caso, la posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción penal, atendiendo a las concretas circunstancias fácticas y las características personales del menor.

Así, el M.F. se constituye en el garante procesal básico²¹, que goza de una peculiar posición en el ámbito de la justicia de menores, puesto que no es tanto el órgano titular del ejercicio de la acción penal en función de la eventual realización de la pretensión punitiva por el Estado, sino además, el órgano que preside y coopera en la consecución del peculiar interés-deber del Estado en la recuperación del menor, a cuya finalidad está subordinada la realización o no de la pretensión punitiva. En este sentido la Fiscalía se consolida legalmente, casi en solita-

²¹ Instrucción 2/1992, de 13 de febrero, de la F.G.E. sobre la intervención de los Fiscales ante la jurisdicción de menores.

rio, como la Institución que está facultada para ejercer el principio de oportunidad reglada en la persecución de la delincuencia de menores, dentro de los límites legales, dando aplicación a lo estipulado en el art. 11.2 de las Reglas mínimas de N.U. para la administración de la justicia de menores²².

2.2. La víctima y el perjudicado por el delito.

Siguiendo las modernas tendencias a otorgar una mayor relevancia a las víctimas en el ámbito penal y con el objetivo de lograr un difícil equilibrio entre el interés del menor -que en todo caso ha de prevalecer sobre los demás-, el del ofendido por el delito y el de la sociedad, el Legislador ha posibilitado la intervención de la víctima²³ a través los mecanismos de conciliación y reparación previstos en la Ley (arts. 19 y 51.2 LORRPM), y además, con carácter excepcional y limitado, ha posibilitado su personación en la causa penal (art. 25).

Así en primer lugar, el artículo 19 de la LORRPM concede a la víctima o perjudicado un importante papel en el sobreseimiento del asunto cuando exista conciliación del menor y la víctima o aquél haya asumido un compromiso de reparación del daño causado, atendiendo a la «gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular, a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos» y el art. 51.2 de la Ley dota de un importante valor al acuerdo de conciliación efectuado tras la sentencia ya que puede servir para dejar sin efecto o sustituir la medida/-as impuestas al menor. En todos estos supuestos, la reparación y

²² DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor ...*, op. cit., pp. 63-64.

²³ Sobre estos aspectos, ver ampliamente, SANZ HERMIDA, Ágata M^a, *El nuevo proceso ...*, op. cit., Capítulo V y SANZ HERMIDA, Ágata M^a, «La víctima en el proceso penal de menores», *Anuario de justicia de menores*, núm. 1, 2001, pp. 183-226.

la conciliación se erigen en instrumentos que contribuyen de forma eficaz a la consecución del principio educativo que preside el sistema²⁴ y se da aplicación directa al principio de oportunidad como uno de los instrumentos fundamentales en la consecución de los fines propios en este sistema²⁵. Con la conciliación se incide en la «satisfacción moral», mientras que el compromiso de reparación goza de un contenido material, «de actividades en favor de la víctima o perjudicado por el delito o, en su caso, en favor de la comunidad en general»²⁶. En todo caso, es preciso dichos compromisos se cumplan efectivamente (arts. 19 y 51.2).

Por lo que se refiere a la participación del ofendido en la causa penal, el art. 25 de la LORRPM dispone que “cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyan a personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, el perjudicado podrá personarse en el procedimiento, tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia ...”, aunque su actividad se ve limitada a la aportación de medios de prueba de los hechos delictivos que se le imputan al menor y a efectuar las alegaciones oportunas, sin que pueda realizar manifestación alguna sobre las medidas a aplicar al menor, ni sobre las circunstancias personales, familiares y sociales de éste. De estas previsiones puede deducirse que la participación del per-

²⁴ DE LAMO RUBIO, Jaime, *La víctima en el actual proceso de menores: presencias y ausencias*, *La Ley*, 4 de octubre de 1999, pp. 1-10, esp. pp. 4 y ss.

²⁵ *Vid.* en este sentido el art. 3b de la CDN; las reglas 6ª y 11.2ª de las Reglas de Beijing; el art. 2 de la Recomendación 87 (20), de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

²⁶ BUENO ARÚS, Francisco, *Líneas fundamentales sobre la reinserción de los menores delincuentes*, en *B.I.M.J.*, 15 de enero de 1999, núms. 1836-1837, pp. 7-18, esp. p. 15.

judicado en estas causas es contingente, pues sólo actuará en los casos en los que se admita su personación por el órgano competente, una vez concurran los presupuestos legalmente establecidos y de carácter accesorio, puesto que se va a centrar fundamentalmente en contribuir o coadyuvar al éxito de la pretensión ejercitada por el M. F.²⁷.

3. Procedimiento.

El modelo de enjuiciamiento previsto en la LORRPM parte y toma como referencia el enjuiciamiento criminal de los mayores, pero adaptando su conformación a las peculiares necesidades de los menores de edad y a las específicas finalidades educativas del sistema, por lo que, respetando las garantías procesales fundamentales, se han introducido importantes mecanismos de desjudicialización, descriminalización y desinstitucionalización. En todo caso, regirá supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en adelante, LECr.– (disposición final 1ª LORRPM).

3.1. Iniciación e investigación.

Las diligencias de investigación coinciden básicamente con las que se van a llevar a cabo en el ámbito de los mayores –determinación del hecho delictivo y del imputado, así como la adopción, en su caso, de las medidas cautelares que se estimen necesarias–, con algunas peculiaridades originadas por el objetivo esencial de que el proceso sólo se incoe y las medidas legalmente previstas sólo se impongan cuando sean estrictamente necesarias y cuando no pueda arbitrarse ningún otro mecanismo menos aflictivo

²⁷ GIMENO SENDRA, Vicente, *El proceso penal de menores*, en *La Ley*, n. 5386, 1 de octubre del 2001, pp. 1-5, esp. p. 2.

y más beneficioso para el interés del menor. Estas consideraciones han llevado a una preterición del principio de legalidad en favor del principio de oportunidad, abriendo el camino a mecanismos desjudicializadores que van a permitir el archivo de la causa en los casos legalmente previstos con o sin la concurrencia de alguna medida, ya que en este ámbito no sólo está en juego la reafirmación de la ley a través de la persecución penal, sino que también surge la necesidad de coordinar el principio de efectividad de la ley y la pretensión punitiva con la peculiar condición del menor, con el objeto de diseñar las posibles iniciativas cautelares y estrategias procesales a adoptar.

En nuestro ordenamiento el M.F. se constituye en el órgano encargado de dirigir la investigación e impulsar el procedimiento (arts. 16.1 y 23), desvinculándose el Legislador de la tradición jurídica española de atribuir esta fase procesal a un órgano judicial. La iniciación del procedimiento se realizará, pues, por el M.F. desde que tenga conocimiento de la *notitia criminis*²⁸, incoación de la que deberá dar cuenta al J.M (art. 16.3). No se procederá, sin embargo, a la incoación de la causa, pese a la existencia de una denuncia donde se atribuyen hechos delictivos a un menor de edad, cuando los hechos no sean “indiciariamente” constitutivos de delito (art. 16.2 LORRPM) o cuando la denuncia sea “manifiestamente falsa” (art. 269 LECr.), pudiendo además desistir el Ministerio Fiscal de la incoación de la causa por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 LORRPM).

²⁸ El art. 16 de la LORRPM no hace mención expresa de esta posibilidad, que no obstante podrá llevarse a cabo por aplicación supletoria de la previsión del art. 785 bis de la LECr. como señala DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor. (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2000, p. 107.

Si el M.F. incoa el oportuno procedimiento, llevará a cabo las actividades instructoras necesarias, excepto aquellas que requieren la preceptiva intervención judicial. Así, corresponde en este momento procesal al Juez de menores la adopción, a instancia del M.F., de diligencias restrictivas de derechos fundamentales (art. 23.3) o de medidas cautelares (arts. 28.1 y 29); el acuerdo sobre secreto del expediente (art. 24); la realización de las diligencias de trámite correspondientes en esta fase procesal (art. 16.3); la apertura de la pieza de responsabilidad civil (art. 16.4); así como, en su caso, el pronunciamiento definitivo sobre la personación del perjudicado en fase de instrucción (art. 25), etc.

Desde la incoación de la causa o desde el momento en que exista una imputación, el menor tendrá derecho a ser informado por el Juez, el MF o agente de policía de los derechos que le asisten; designar abogado que le defienda o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él; intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial y a proponer y solicitar la práctica de diligencias; ser oído por el Juez antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente; la asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de menores autoriza su presencia y la asistencia de los servicios del ETM adscrito al J.M. (art. 22 LORRPM) además de los previstos, con carácter general, para cualquier imputado.

Durante la instrucción el Fiscal requerirá del ETM la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos (art. 27.1 LORRPM), en el que se evaluará la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como de su entorno social y “cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley” (art. 27.1), elementos de

gran utilidad para la valoración de las estrategias a seguir y, en su caso, deberá pronunciarse sobre la personación de la víctima en la causa (art. 25 LORRPM).

3.2. Preparación del juicio oral.

El M.F., finalizada la investigación, enviará al J.M. las actuaciones y demás piezas de convicción y formulará escrito de alegaciones, bien solicitando la apertura de la audiencia y formulando acusación (art. 30.1), bien solicitando el sobreseimiento de la causa, o bien, en su caso, la remisión de los particulares necesarios a la entidad pública de protección de menores (art. 30.4). A continuación, el J.M. dará traslado de las alegaciones del M.F. al Letrado del menor para formule su escrito de alegaciones, comprensivo de los mismos extremos que el escrito del M.F. (art. 31).

Si se hubiere acordado la intervención del perjudicado, sus alegaciones se limitarán a los hechos, autoría, calificación jurídica y solicitud de las pruebas de que intente valerse, sin que pueda hacer referencia alguna a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor, ni solicitud de medida alguna contra el mismo, ni sobre la procedencia de las medidas propuestas (art. 25). En todo caso las alegaciones del perjudicado están supeditadas a la intervención del M.F. y a la formulación por éste, que ostenta el monopolio de la acción penal, de una acusación. De este modo, si el M.F. propusiera el sobreseimiento y archivo de la causa, el perjudicado no podría oponerse eficazmente a dicha decisión, ni impulsar con actos propios el proceso, ni tan siquiera recurrir el auto de sobreseimiento²⁹.

Dispone la Ley que, a la vista de las alegaciones de las partes (arts. 32 y 33 LORRPM), el J.M. podrá adoptar diver-

²⁹ Fiscalía General del Estado., *Circular 1/2000*, de 18 de diciembre.

sas decisiones como la apertura de la audiencia (art. 33^a LORRPM); el sobreseimiento de actuaciones por los motivos tasados en la LECr. (arts 637 y 641 de la LECr.) así como aquellas otras causas específicas recogidas en la LORRPM (art. 19 LORRPM); la realización de un incidente probatorio previo a la audiencia (art. 33e LORRPM); dictar sentencia de conformidad (art. 32 LORRPM) u ordenar la remisión de actuaciones al órgano competente (art. 33d LORRPM).

3.3. El juicio oral.

La audiencia se celebrará con la preceptiva asistencia del Fiscal, del miembro del ETM, del abogado defensor y del menor que podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, motivadamente, no lo considere oportuno. Se prevé, asimismo, en el art. 35.1 de la LORRPM, la asistencia del perjudicado que, en su caso, se hubiera personado en la causa, conforme a lo preceptuado en el art. 25 LORRPM, así como, en su caso, del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que haya intervenido en las actuaciones de la instrucción.

La LORRPM apuesta, en consonancia con el mandato constitucional del art. 120.1, por la publicidad de las sesiones, salvo que, atendiendo al interés del menor, el Juez acuerde que no lo sean (art. 35.2). Se sigue así la línea jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional en este ámbito³⁰ y con lo preceptuado por la regla 8^a Reglas de Beijing y el art. 40 de la C.D.N., de modo que la publicidad es entendida como garantía para el menor, que sólo será limitada cuando la misma pueda afectar precisamente al interés de dicho sujeto. En todo caso, se prohíbe a los medios de comunicación social obtener

³⁰ STC 36/1991, de 14 de febrero, F.J. 6.

o difundir imágenes del menor o datos que permitan su identificación (art. 35.2 LORRPM).

En cuanto a la presencia del menor durante la celebración de la audiencia, con carácter general, se contempla la posibilidad de que éste abandone la Sala en los momentos de la vista que el Juez considere oportunos (art. 37.4 LORRPM), en aquellos casos en los que estime que su «interés» puede quedar perjudicado.

La audiencia comenzará por la información que dará el Juez de Menores, en un lenguaje claro y sencillo, adaptado a la edad del menor y de la forma que le sea comprensible, sobre las medidas solicitadas por el Fiscal y causas en los que se fundan (art. 36.1). En este momento, el menor, debidamente asistido por su Letrado, podrá prestar su conformidad (art. 36.2), en cuyo caso, el Juez podrá dictar sentencia de conformidad.

En otro caso, el art. 37.1 LORRPM ofrece la posibilidad de que, con carácter previo a la práctica de la prueba, las partes “manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas o sobre la vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento (...)”

Seguidamente, se procederá a la práctica de la prueba admitida (art. 37.2 LORRPM), siguiendo las prescripciones de la LECr. Finalizada la práctica de la prueba, se realizarán las alegaciones definitivas de las partes y se oirá al miembro del equipo técnico (art. 37.2 LORRPM) y se concluirá con las alegaciones que efectuará, si lo estima oportuno, el menor, en uso de su derecho a la última palabra (art. 37.3 LORRPM).

El J.M. dictará sentencia, en un lenguaje claro y comprensible para la edad del menor (art. 39.3), sobre los hechos sometidos a debate (art. 38 LORRPM), resolviendo sobre la medida o medidas propuestas, (art. 39.2 LORRPM). Para ello ha de consignar “expresamente los hechos que se declaren

probados y los medios probatorios de los que resulte la convicción judicial” (art. 39.2) y ha de tomar en consideración “las circunstancias y gravedad de los hechos, así como todos los datos debatidos sobre la personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor y la edad de éste en el momento de dictar la sentencia” (art. 39.1 LORRPM). Es decir, el Juez atenderá tanto a las circunstancias y gravedad del hecho, como a las circunstancias personales, familiares y sociales del menor, pero siempre sobre la base de valorar especialmente el interés del menor (Exposición de Motivos).

IV. RÉGIMEN LEGAL DE LAS MEDIDAS DE MENORES

1. Consideraciones previas.

Como se acaba de poner de manifiesto, nuestra legislación combina lo educativo y lo judicial, por lo que, para la adopción de cualquiera de las medidas previstas en la Ley, es necesario, en primer lugar, que el menor haya cometido alguna infracción penal y que dicha comisión resulte probada, y por otro lado, que sea aconsejable atendiendo a la personalidad del autor y al reproche que a su conducta debe realizarse, primando en todo caso las específicas finalidades educativas que se persiguen por encima de otras finalidades puramente sancionadoras y/o preventivas. Estas afirmaciones nos llevan a poner de manifiesto que las peculiares características y finalidades del sistema de justicia de menores pueden desequilibrar el juego ponderado de las circunstancias fácticas y personales en el momento de la individualización de la medida a favor de las últimas.

Esta combinación de lo educativo y lo judicial no puede llevar a desconocer la vigencia de tres principios básicos del

derecho penal y procesal. En primer lugar, el derecho a la presunción de inocencia, de modo que no se puede condenar por conducta ilícita que no haya sido probada. En segundo lugar, el principio acusatorio, que exige la necesaria correlación entre la acusación y el fallo, garantizando, de este modo, el respeto al derecho de defensa, por lo que el órgano jurisdiccional, en su decisión, deberá atenerse a los límites establecidos en la pretensión penal, tanto subjetivos, como objetivos, “sin que en ningún caso pueda imponer al menor acusado una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el M.F.” (art. 8 LORRPM). Y finalmente, el principio de proporcionalidad entre la sanción y el hecho cometido³¹, que impide establecer para el menor “una pena privativa de libertad por tiempo superior al que, en el caso de tratarse de un mayor de edad, hubiera correspondido por el mismo delito” (art. 8).

Precisamente atendiendo a estas consideraciones y a las específicas necesidades de la justicia de menores, el Legislador español ha introducido criterios de determinación legal de las medidas e individualización judicial, con el objetivo de establecer un equilibrio entre el derecho a una aplicación igual de la Ley que tienen todos los ciudadanos (art. 14 C.E.) a partir de un sistema preciso de determinación legal de la medida, con la necesidad de que el órgano jurisdiccional esté dotado de un margen de discrecionalidad tal que le per-

³¹ Se consagra, con buen criterio, el principio de proporcionalidad como límite máximo punitivo, siguiendo la línea jurisprudencial del T.C. sentada en sus SsTc 36/1991, de 14 de febrero y 61/1998, de 17 de marzo, pues si bien en este ámbito debe concederse un importante papel a las circunstancias personales del menor en la individualización de la medida, ello no debe llevar a considerar la derogación total del principio de proporcionalidad entre el hecho y la medida como parece entender el Legislador en la Exposición de Motivos y un sector doctrinal (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “La nueva Ley reguladora ...”, *op. cit.*, p. 718; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, 2001, p. 201; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.). *Ley de la responsabilidad ...*, *op. cit.*, p. 193.).

mita atender a las concretas necesidades personales y reeducativas del menor. Con los criterios de determinación legal, se individualizará la clase -naturaleza- y cantidad de medida a imponer al menor, reforzando con ello los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley. Los criterios de individualización judicial permiten, por su parte, flexibilizar la aplicación de la ley, pudiéndose adaptar, de este modo, la decisión judicial a las circunstancias personales del menor, a las que la nueva ley otorga el mayor peso en este momento procesal.

2. Las medidas de menores.

La LORRPM contiene un amplio listado de catorce medidas de diversa naturaleza y gravedad (art. 7.1) que, aplicadas de forma autónoma o como accesorias de otras, persiguen facilitar los procesos de reeducación del menor. No llega el Legislador español a distinguir, en función de la gravedad de las medidas, entre medidas educativas, disciplinarias y pena juvenil, como sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico.

A efectos sistemáticos, se puede distinguir entre medidas no privativas de libertad como la privación del permiso de conducir o licencia de armas, a la amonestación, realización de tareas socioeducativas, prestaciones en beneficio de la comunidad, convivencia con una familia o grupo educativo, inhabilitación absoluta, libertad vigilada, permanencia de fin de semana, asistencia a un centro de día o tratamiento ambulatorio y medidas privativas de libertad, consistentes en internamiento en régimen cerrado, semiabierto, abierto o terapéutico³².

³² Resultaría excesivo llevar a cabo un análisis detallado de cada medida que están legalmente definidas en la Exposición de Motivos de la Ley.

3. Criterios de determinación legal de las medidas.

El sistema de determinación legal de las medidas, regulado fundamentalmente en los artículos 9, 11, 12 y 13 atiende a la gravedad del delito, restringiendo la medida de internamiento en régimen cerrado a los hechos delictivos más graves o cometidos con mayor violencia o intimidación (art. 9.2) y reservando las medidas más leves para los hechos delictivos de la misma naturaleza (art. 9.1); al hecho de que se trate de un concurso de delitos imputables a un mismo sujeto (art. 11) o a que se trate de un delito continuado o con pluralidad de víctimas (art. 12); finalmente, a la existencia de circunstancias eximentes o de extinción de la responsabilidad penal –que son las establecidas en el art. 20.1, 2 y 3 del C.P.–, en cuyo caso serán de aplicación las medidas de internamiento terapéutico o de tratamiento ambulatorio (art. 9.7) .

Por lo que se refiere a la duración de las medidas, se establece un límite máximo determinado, de un lado, por la edad de los sujetos a los que se va a aplicar la medida y, en su caso, atendiendo a la gravedad de los hechos y circunstancias personales del sujeto. Así, para los menores de 16 años, se prevé una duración máxima de dos años, computándose en su caso y a estos efectos, el tiempo ya cumplido por el menor en la medida cautelar; duración máxima de 100 horas para las prestaciones en beneficio de la comunidad; duración máxima de ocho fines de semana para la medida de permanencia de fin de semana (art. 9.3 LORRPM).

Sin embargo, estos límites temporales se alteran sustancialmente en el caso de que la edad de los menores delincuentes sea superior a los 16 años, viéndose, en este sentido, un progresivo acercamiento hacia el régimen penal común. En primer lugar, los límites cuantitativos generales se elevan considerablemente (vid. art. 9.4^a), siempre y cuando concurren otros requerimientos legalmente establecidos como son que el hecho

delictivo revista una especial gravedad al haber sido cometido “con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas”, o que “el sujeto presente carencias educativas que aconsejen la prolongación de la medida, constatadas por el Equipo técnico en su informe al valorar las circunstancias del menor y su entorno social”. De ello se deduce que cuando no concurren estos extremos, al mayor de 16 años se le aplicarán las medidas con la duración prevista para los menores de dicha edad. Por otro lado, cuando los hechos revisten una extrema gravedad³³, apreciada expresa y motivadamente en la sentencia, la imposición de la medida de internamiento de régimen cerrado se habrá de complementar sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años (art. 9.5ª). Como puede observarse, en estos supuestos si se dan los elementos fácticos requeridos, el Juez deberá siempre decretar las dos medidas, pudiendo elegir el *quantum*, pero no la posibilidad de imponer sólo alguna de ellas.

Finalmente, el Legislador ha introducido unas reglas especiales para los delitos relacionados con el terrorismo que agravan el sistema de penas, tanto para los menores de 16 años como para los mayores de 16 años (art. 9.5 LORRPM).

4. La individualización judicial de la medida.

El Juez ha de atender flexiblemente, en el momento de dictar sentencia, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor³⁴.

³³ Es decir, “aquellos en los que se apreciare reincidencia y, en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas” (art. 9.5ª *in fine*).

³⁴ Arts 7.3 y 39.1 LORRPM.

Consecuentemente debe entenderse que, si bien se hace preciso la elaboración de un informe de los equipos técnicos en los que se ponga de manifiesto las especiales necesidades educativas del menor enjuiciado, también y principalmente el órgano jurisdiccional, atendiendo a la información obtenida en el desarrollo de todo el proceso ha de valorar si el menor está o no en esta particular situación y además, le corresponde determinar qué peso va a tener, en la individualización de la medida, esta circunstancia. Por ello, la doctrina señala que no siempre que haya existido un hecho tipificado en el Código penal y que se haya probado la participación del menor en el mismo, es necesario que haya una respuesta judicial³⁵, debiendo el órgano jurisdiccional supeditar la elección de la medida tanto a los límites derivados del principio de legalidad como al principio de oportunidad y de proporcionalidad entre la conducta ilícita del menor y la sanción impuesta.

5. La ejecución de las medidas.

El Título VII de la LORRPM establece precisas reglas para la ejecución de las medidas impuestas a los menores, cuyo control corresponde a los Juzgados de menores, siendo especialmente destacables las especialidades introducidas respecto a la ejecución de medidas privativas de libertad.

Junto a ello, se introducen importantes mecanismos desjudicializadores y desinstitucionalizadores como son la posible suspensión de la ejecución del fallo, en atención a la naturaleza de los hechos, por tiempo determinado y máximo de dos años³⁶, siempre y cuando se den las condiciones legales

³⁵ AGUIRRE ZAMORANO, Pío, *Medidas aplicables en la legislación de menores*, en VV.AA., *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 1996, pp. 193-231, p. 201.

³⁶ Art. 40 LORRPM.

para proceder a su adopción³⁷ o la eventual modificación de la medida impuesta, que abarca diversas posibilidades desde dejarla sin efecto, hasta reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que “la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta” (art. 14 LORRPM).

V. ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL

1. Sistema de fuentes.

El reconocimiento de la necesidad de prestar una especial atención al menor a nivel internacional se inició con la «Declaración de Ginebra» sobre los derechos del niño de 1924 y la «Declaración de los derechos del niño», adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y ha culminado con el establecimiento de lo que podría denominarse el «marco jurídico de la justicia de menores» propuesto por las N.U. que, con el objetivo de asegurar la protección integral de los derechos del niño, se sustenta en la clara distinción de tres ángulos diferentes de intervención: el de la acción protectora de los menores en situaciones de desamparo o carenciales; el de la acción preventiva para evitar la comisión de hechos delictivos por menores; y el del diseño de la justicia aplicable a los menores que han delinquido, lo que no implica, en modo alguno, su consideración como fenómenos aislados entre sí.

³⁷ No ser condenado por sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad o no se le aplicada la medida en sentencia firme en un procedimiento de menores y que el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad no incurriendo en nuevas infracciones.. Art. 40.2 LORRPM.

El marco jurídico diseñado por las N.U., fundamentalmente desde la década de los 80, se ha concretado en el establecimiento de un «edificio global», cuya base está asegurada por la elaboración y aprobación de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 y cuyas parcelas de intervención se concentran en tres pilares básicos: el establecimiento de diversas medidas de prevención de la delincuencia de menores (DIRECTRICES RIAD)³⁸, la instauración de un sistema progresista de justicia de menores (REGLAS DE BEIJING)³⁹ y, finalmente, la salvaguarda de los derechos fundamentales y búsqueda de la reinserción social en materia de menores no privados de libertad (REGLAS DE TOKIO)⁴⁰ o, en su caso, privados de libertad⁴¹. En la cúspide del sistema se situaría el propio menor, cuya tutela y protección queda asegurada por el reconocimiento de la especial consideración de su interés. Junto a estos textos normativos, dentro del ámbito europeo resulta especialmente significativa la Recomendación R 87 (20), de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, así como la Resolución A3-0712/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una «Carta Europea de los derechos del niño».

Las prescripciones y recomendaciones contenidas en estos textos internacionales han marcado el diseño legislativo

³⁸ Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

³⁹ Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores.

⁴⁰ Resolución 45/110, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre reglas mínimas de las Naciones Unidas para la elaboración de medidas no privativas de libertad.

⁴¹ Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

de la justicia de menores española, como puede apreciarse claramente en la LORRPM, pero muy especialmente las prescripciones contenidas en la CDN, ya que su carácter de Tratado internacional suscrito por España le otorga valor de Ley en nuestro ordenamiento, jerárquicamente situada por debajo de la Constitución (art. 96 CE).

Por otra parte, ha ejercido una influencia notable la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que sus resoluciones se convierten en instrumento esencial de interpretación de los derechos fundamentales que también se encuentran sancionados como tales en nuestro ordenamiento. En este sentido, han sido especialmente significativas las decisiones recaídas en materia de justicia de menores -casos Bouamar⁴², Nortier⁴³ y Bulger⁴⁴, donde el TEDH defiende la necesidad de que este ámbito goce de las mismas garantías que el enjuiciamiento penal de los mayores e introduce algunas consideraciones para la instauración, en aquellos ordenamientos donde no se tiene, de un sistema especializado de enjuiciamiento del menor⁴⁵.

⁴² Caso Bouamar c/ Bélgica, A. 22/1986/120/169.

⁴³ Asunto Nortier c/ Pays Bas, de 24 de agosto de 1993.

⁴⁴ Asuntos V. c/ Reino Unido y T. c/Reino Unido, de 16 de diciembre de 1999.

⁴⁵ Es preciso subrayar que si bien el TEDH no ha impuesto para el enjuiciamiento de los menores delincuentes la obligación de establecer un sistema específico, sí ha recogido los fundamentos que podrían justificar la especialización, como el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 del C.E.D.H.) conforme al cual el establecimiento de un proceso y procedimiento de reforma de menores diferente del proceso penal ordinario encuentra su justificación «objetiva y razonable», en el carácter «protector y no represivo del procedimiento aplicable a los menores» (caso Bouamar), o como defienden más recientemente parte de los Magistrados del TEDH, en el la interdicción de un trato inhumano o degradante (art. 3 CEDH), ya que el enjuiciamiento de un menor como un mayor provoca en este sujeto un sufrimiento elevado, debido fundamentalmente a la corta edad de los sujetos sometidos a este tipo de causas penales, a la prolongada duración que suelen tener, su carácter público, el formalismo ritual a seguir y la no especialización del órgano jurisdiccional. Sentencias dictadas en el denominado “caso Bulger”

2. Tratamiento de los menores extranjeros.

En nuestro ordenamiento se recogen algunas especialidades por lo que se refiere al trato que debe dispensarse a los menores extranjeros a los que se les imputa la comisión de un hecho ilícito. Entre ellas cabe destacar la necesidad, en primer lugar, de identificar al sujeto y determinar su edad. A estos efectos, dispone el art. 35 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del M.F. que dispondrá la determinación de su edad, para lo que, con carácter prioritario, se realizarán las pruebas necesarias.

Además, en el supuesto de que el menor extranjero estuviera detenido, la detención deberá notificarse a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales (art. 17.2 LORRPM).

Por lo demás, una vez determinada la edad, en el supuesto de que se tratase de un menor indocumentado, y, en su caso, efectuadas las notificaciones en el supuesto de detención, el enjuiciamiento del menor extranjero dentro de nuestro territorio va a seguir los trámites previstos en la LORRPM, con la prevención de asignarle un intérprete si fuera necesario.

Por otro lado, la condena, en su caso, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, será causa de expulsión, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2 L.O. 4/2000, de 11

de enero). Sin embargo, este supuesto es difícilmente aplicable a los menores, puesto que éstos carecen de antecedentes penales (cfr. disp. ad. tercera LORRPM).

También puede ser causa de expulsión, el hecho de que el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, previa sustanciación del correspondiente expediente cuando se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y condenados por sentencia firme, conforme a lo dispuesto en el art. 89 CP (art. 57.7 L.O. 4/2000). En estos casos, también parece difícilmente aplicable lo dispuesto en la L.O. 4/2000, debido a la imposibilidad de transmitir dichas circunstancias desde los JJ.MM. a las autoridades correspondientes (cfr. disp. ad. tercera LORRPM).

VI. CONCLUSIÓN

Si bien es doctrina mayoritaria en la actualidad mantener un sistema especializado para el enjuiciamiento y tratamiento del fenómeno de la delincuencia de menores, conservándose en este sentido la idea originaria que estaba en la base de la creación de los primeros Tribunales para niños, los fundamentos ideológicos y jurídicos son bien diferentes. Mientras que el modelo tutelar partía de una visión del menor como sujeto incapaz y penalmente inimputable, necesitado de protección, los modelos constitucionales o garantistas reconocen que el menor es un sujeto en constante evolución y que, por ello, no es absolutamente incapaz, sino progresivamente capaz, de modo que el ordenamiento tiene que introducir los mecanismos jurídicos adecuados para adaptarse a tal situación.

A esta visión responde la moderna normativa española reguladora de la responsabilidad penal de los menores que

parte de la consideración del menor como un sujeto con capacidad no plena, pero progresivamente capaz, sujeto de derechos, pero también sujeto a responsabilidad. Por ello establece un proceso penal ordinario para el enjuiciamiento de los menores a los que se les atribuye la comisión de un ilícito penal, marcado por la existencia de determinadas especialidades que se fundan en la finalidad eminentemente reeducadora del sistema. Ello ha supuesto la instauración de un modelo de enjuiciamiento penal similar al de los «mayores», respetuoso con los derechos y garantías fundamentales vigentes en el ordenamiento, pero atemperado tanto en su desarrollo procedimental como en las consecuencias jurídicas aplicables al menor por el establecimiento de diversos instrumentos de descriminalización, desjudicialización y desinstitucionalización, en atención precisamente a la condición de «menor» de los sujetos a él sometidos.

SECCIÓN II

La corrupción en las transacciones comerciales internacionales

Adán Nieto Martín
Profesor Titular de Derecho penal. Ciudad Real. UCLM

INTRODUCCIÓN

1. Desde hace algo más de un lustro la corrupción constituye uno de los temas estrella dentro de la política criminal internacional. Y ello tanto en ámbitos regionales, UE, Consejo de Europa, OCDE, OEA como en el marco de las organizaciones internacionales “globales”, pues, como es sabido, la ONU trabaja en estos instantes en la elaboración de un Convenio anticorrupción¹. El impulso legislativo al cual obedece este movimiento proviene de las fuerzas que protagonizan los procesos de globalización y particularmente del propio mundo empresarial. Por esta razón la represión de la corrupción interesa tanto por sus efectos devastadores para el desarrollo económico o democrático o los propios derechos humanos, como en su faceta de comportamiento comercial que, por su carácter desleal, atenta contra la competencia y supone además un comportamiento contrario a las reglas más elementales de buen gobierno. Desde este punto de vista, el proceso de armonización global del derecho anticorrupción supone el reforzamiento de una norma de cultura perteneciente al espectro de la *global governance*².

¹ Una recopilación de los distintos textos internacionales puede encontrarse en Fabian Caparros (coord), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, 2000; un análisis comparado de los distintos Convenios puede encontrarse en Huber, *La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale*, RTDPE, 2001, p. 467 ss; una versión de este artículo puede verse también en Revista Penal, nº 11. Además de los textos allí recogidos, vid. el Proyecto revisado de convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (A/AC.261/3/Rev.1). En el momento de escribir estas páginas se celebraba en Viena (21 de julio a 8 de Agosto del 2003), el sexto periodo de sesiones del Comité *ad hoc* para la negociación del tratado de Naciones Unidas contra la corrupción. Las referencias al Convenio de Naciones Unidas que en el trabajo se hacen toma como base el Proyecto revisado de la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 26 de mayo del 2002. Ya en prensa este trabajo tuvo lugar la aprobación de convención en Mérida, México, 9-11 Diciembre de 2003, por lo que sólo se ha podido tomar en consideración en notas a pie de página.

² Pieth, *Das Bestechungsübereinkommen der OECD*, en Dannecker/Leitner, Schiergeldner, Wien, 2002, p. 11.

2. La globalización de la estrategia anticorrupción posee aspectos de política criminal peculiares, inéditos hasta ahora en los derechos penales nacionales. Tres características deben a mi juicio destacarse. En primer lugar, la asimilación de funcionarios de otros países y de instituciones nacionales a los funcionarios nacionales. En segundo lugar, el empleo de diversas vías de sanción y de mecanismos de prevención de la corrupción. La mayoría de los tratados internacionales además de armonizar los delitos de cohecho, se han percatado de la utilidad de otros preceptos como las falsedades en la documentación social, el blanqueo de capitales o de medios de sanción indirectos como la imposibilidad de deducción fiscal de los sobornos. En tercer lugar, la política internacional se caracteriza por la difuminación de las fronteras entre la corrupción pública o privada, proceso que se consigue bien empleando un concepto de funcionario público más amplio que el nacional, como ocurre en el Convenio OCDE, bien criminalizando directamente la corrupción entre privados (Proyecto de UN, Acción común de la UE, Convenio del Consejo de Europa). En esta situación está más que justificada la elección por parte de la AIDP de “La Corrupción y los delitos emparentados con ella en las transacciones comerciales internacionales”. La estructura del presente trabajo se adapta fundamentalmente a las cuestiones planteadas en el cuestionario³.

I. LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

1. La política criminal española, sobre todo, aunque no solo, en lo referente a la delincuencia económica, suele hacer-

³ El cuestionario puede encontrarse en la página web de la asociación <http://www.penal.org/activites.asp>

se a ciegas. Los estudios criminológicos son en este punto inexistentes e incluso se carece de estadísticas que señalen el número de procesos incoados por cohecho o las sentencias recaídas⁴. Por ello en lo referente a la estructura, amplitud, lesividad, etc. debemos contentarnos con los estudios realizados en países económica y culturalmente cercanos⁵ y con comentar las características de la corrupción a partir de los casos sentenciados, esto es: de la cifra clara, lo cual resulta metodológicamente cuestionable en un ámbito caracterizado por una elevada cifra negra.

2. La ausencia de libertades durante casi cuatro décadas (1939-1975) y la escasa independencia del poder judicial y, más aún, del Ministerio Fiscal impidió que a los tribunales llegaran asuntos de corrupción política y económica⁶. Los casos de cohecho de los que se ocupaban los tribunales respondían, en su mayoría, a supuestos puntuales u ocasionales de corrupción, en los que intervenían funcionarios públicos que no ocupaban cargo relevante alguno⁷. Sólo a partir de la década de los 90 se han empezado a juzgar supuestos de “gran corrupción” en los que

⁴ Vid. la crítica que en este punto se realiza en la *Evaluación sobre la corrupción en España*, realizada del 6 al 8 de noviembre del 2000 por el Groupe d'Etats contra la corruption, GRECO, Documents Pi i Sunyer 15, (edición a cargo de González Aznar, p. 29 (en internet en <http://www.greco.coe.int/evaluations>).

⁵ Aunque los estudios empíricos y criminológicos no abundan tampoco en otros países europeos, vid. por ejemplo para Alemania el escrito de habilitación de Bannenberg, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, Luchterhand, 2002., donde puede encontrarse además una recensión de los análisis existentes hasta la fecha.

⁶ Un estudio sobre la corrupción franquista puede verse en Barciela Lopez, *Franquismo y corrupción económica*, Historia Social, 1998, nº 30, p. 83 ss. Para un análisis histórico de la corrupción en España, Gonzalez Jimenez (et. al), *Instituciones y corrupción en la historia*, Valladolid, 1998.

⁷ Valeije, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario público: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1995, p. 21.

estaban implicados operadores económicos y funcionarios de alto nivel jerárquico. Los asuntos ligados a la corrupción de altos cargos políticos con mayor repercusión social hasta ahora juzgados⁸ son hechos que acaecen entre 1985-1995 y presentan características muy similares⁹. La organización de la corrupción no era asunto extremadamente complejo. Las decisiones públicas objeto de comercio fueron en todos los casos la construcción de infraestructuras y la decisión pública comprada consistía en la adjudicación de la obra. La elección de la empresa sobornante resultaba posible bien porque se elegía un sistema de adjudicación directo de obra (STS de 21-12-1999, RJ 1999/9436), bien porque se elegía un sistema, el del concurso, que permitía grandes márgenes de discrecionalidad (STS de 28-3-2001, ED 2001/1493). La reforma del sistema de contratación pública que tiene lugar en 1995, y que se realizó con el fin específico de luchar contra la corrupción, limitó considerablemente estas posibilidades¹⁰. En otros supuestos la adjudicación de la obra se realizó violando abiertamente el procedimiento de contratación, lo que implicaba que conjuntamente con el delito de cohecho se realizaba el tipo de prevaricación. Del lado de las empresas, la instrumentalización del pago de sobornos se efectuó normalmente a través de la creación de sociedades de fachada, sin actividad comercial alguna, a las que abonaban por servicios ficticios cantidades inexistentes o

⁸ STS de 16-12-1998, RJ 1998/10402 “caso del tunel de Soller”; STS de 21-12-1999 RJ 1999/9436 “Roldan”; STS de 28-3-2001 ED 2001/1493, “Urraburu”.

⁹ Acerca de la realidad de la corrupción en España y sus formas de manifestación, Nieto A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, 1997.

¹⁰ Ley 13/1995, de 18 de mayo de contratos de las administraciones públicas. Esta Ley sufrió un importante número de modificaciones que aconsejó la elaboración de un texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas. Fruto del impulso legislativo anticorrupción fueron también la Ley sobre incompatibilidades de altos cargos, la Ley de Fondos Reservados y la creación de la Fiscalía Anticorrupción.

extraordinariamente elevadas para el tipo de servicio de que se trataba. Para ello se confeccionaban facturas falsas que eran después las que figuraban en la contabilidad de la empresa. De este modo las empresas conseguían arreglar “su contabilidad” e igualmente desgravar fiscalmente el pago de sobornos. El dinero en metálico o en activos fácilmente ejecutables –cheques bancarios– ha sido la ventaja económica más usual.

En los supuestos en los que la corrupción fue una trama organizada, apareció la necesidad de ocultar, gestionar e invertir las ganancias procedentes de las actividades delictivas. El mecanismo elegido no fue demasiado sofisticado. En unos casos se recurría a la tradicional cuenta en Suiza donde los interesados, ya sea a su propio nombre o normalmente al de testaferros, abrían cuentas bancarias, y/o en otros se creaban sociedades “de pantalla” en las que como administradores y socios figuraban familiares, abogados solícitos, etc.. A ellas iban a parar, tras un recorrido más o menos largo por el circuito financiero o por otras sociedades de “pantalla”, los activos patrimoniales procedentes del soborno. La no contabilización y, sobre todo, la no declaración fiscal de los incrementos patrimoniales producto del ingreso de sobornos hace aparecer en este punto la figura del delito fiscal. La necesidad de cooperación internacional se ha producido esencialmente en relación a este punto de la organización de la corrupción.

Está por ver si la corrupción actual responde a esta estructura relativamente simple o se ha hecho más sofisticada, sobre todo en lo tocante a la entrega y ocultación de las dádivas, mediante la utilización de trust en el extranjero u otro tipo de productos fiduciarios. En este sentido debe tenerse en cuenta que hasta mediados de los años 90 no resulta efectiva la normativa relativa al blanqueo de capitales. La instauración de principios como el de “conozca a su cliente” y de la obligación de identificar a la persona que realizan los ingresos y salidas de los fondos de las cuentas bancarias hace

pensar que hoy las formas de articular el entramado financiero de la corrupción deben de ser otras y más complejas.

3. Algunos de los procesos más importantes por corrupción han estado ligados a la financiación irregular de partidos políticos¹¹. Conjuntamente con los factores criminógenos comunes a la financiación irregular en los sistemas democráticos occidentales¹², deben destacarse como peculiaridades hispanas, de un lado, la desastrosa regulación de la financiación política, que aparte de no contener *de facto* sanción alguna (ni administrativa, ni penal) para la financiación ilegal, responde a un modelo de financiación pública extremo. Por otro lado, tampoco puede olvidarse, con el fin de explicar los casos de financiación irregular durante la década de los ochenta, que hasta 1977, en que fueron legalizados los partidos políticos, no había otra financiación posible que la irregular. Por lo que resulta indudable que entre las élites de los partidos existiese una subcultura de la financiación ilegal o al menos irregular, sobre todo en los de izquierda perseguidos con más saña durante la dictadura e infracapitalizados en el marco de una joven democracia que aún no les había devuelto el patrimonio confiscado tras la guerra civil¹³.

¹¹ Los tipos de corrupción no siempre han sido de utilidad en los supuestos de financiación ilegal, tal como muestra el “caso Filesa”, hasta la fecha el supuesto de financiación ilegal con mayor repercusión social. En este caso la instrucción judicial dejó de lado la prueba del posible “intercambio”, la indagación de las contraprestaciones que pudieron recibir por parte de la administración las empresas que financiaron ilegalmente al partido, centrándose en la prueba de delitos como el de falsedad, apropiación indebida y delito fiscal.

¹² Un estudio comparado sobre financiación irregular de partidos y corrupción en Lanchester (a cura de), *Fianaziamento della politica e corruzione*, Milano, 2000.

¹³ Así lo reconoce la evaluación realizada por GRECO, p. 27, indicando el grado de tolerancia durante la transición a la financiación irregular. Vid. igualmente Pradera, *La maquinaria de la democracia. Los partidos en el sistema político español*, en Laporta/Alvarez (eds.), *La corrupción política*, Madrid, 1997, p-157 ss.

Dentro del hampa de la corrupción política, merece remarcarse la figura del tráfuga retribuido, representante local o autonómico (hasta ahora no han existido tráfugas entre los diputados y senadores nacionales) que rompe la disciplina de partido a cambio de una contraprestación económica o la promesa de un puesto en el futuro gobierno o administración, con el fin de votar a favor del candidato contrario o retirar su apoyo al candidato propio. Este comportamiento supone un caso peculiar dentro de la corrupción de parlamentarios o representantes electos de los ciudadanos, pues aparece allí donde existen mayorías políticas inestables con el fin de alterar esta mayoría y dar el gobierno al partido de la oposición. Fuera de esta tipología de casos, no se conocen hasta ahora, en la práctica judicial, supuestos de lobbismo ilegal, en la que poderes o intereses económicos hayan sobornado a parlamentarios con el fin de que en determinadas votaciones o mediante el ejercicio de otros actos propios de su cargo defendieran sus intereses económicos¹⁴.

4. La experiencia en asuntos de corrupción internacional por parte de la justicia española es escasa. España ratificó el Convenio OCDE sobre corrupción de funcionario públicos en transacciones económicas internacionales el 17 de diciembre de 1997 y transpuso su contenido a través de la Ley Orgánica 3/2000 de 11 de enero, que introduce un nuevo Título XIX bis (De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales) en el CP, en el que se contiene un único precepto (art. 445 bis). Hasta ahora no se ha abierto proceso penal alguno por la violación del mencionado precepto. Esto no significa que las empresas espa-

¹⁴ Al respecto Tijeras, *Lobbies: como funcionan los grupos de presión españoles*, Madrid, 2000.

ñolas multinacionales tengan un grado de *compliance* y de ética empresarial superior al resto. La Audiencia Nacional investiga en la actualidad el asunto del Banco Bilbao Vizcaya que reviste las características arquetípicas de la corrupción internacional. Según se relata en los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y en el Auto de apertura del procedimiento, existen indicios de que la mencionada entidad, a través de fondos extracontables (cajas negras) ubicados en un paraíso fiscal (Jersey) a nombre de una entidad fiduciaria, realizó entre otras operaciones diversos pagos a Alberto Fujimori y a Vladimiro Montesinos con el fin de obtener la adjudicación y el control accionarial en el proceso de privatización de una entidad bancaria. Igualmente con estos fondos se hicieron contribuciones a la campaña electoral de Hugo Chaves en Venezuela. Los hechos no obstante por tener lugar antes de la aprobación del 445 bis no pueden juzgarse por este precepto, sino por delitos conexos, principalmente los de falsedades documentales y de apropiación indebida o administración desleal.

II. LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

A) La delimitación entre corrupción pública y privada: el concepto de funcionario público.

1. En el ordenamiento español no existe una sanción *ad hoc* para la sanción de la corrupción entre privados. Los límites del concepto de funcionario público resultan por ello decisivos, pues trazan la frontera entre lo penalmente irrelevante y lo punible, al menos en lo relativo a los delitos de cohecho. Si existiera en nuestro ordenamiento la figura de la corrupción privada, el concepto de funcionario tendría una importancia

semejante a la que tiene para distinguir entre el delito de malversación de funciones públicas y la apropiación indebida o la administración desleal. En cualquiera de las dos situaciones el legislador debiera ser consciente de que la definición del concepto de funcionario tiene una importancia política criminal trascendental, lo que supone que en su conformación debe quedar patente cual es el criterio manejado para distinguir a efectos penales entre lo público y lo privado.

2. El CP establece en el art. 24 un concepto autónomo de funcionario y autoridad pública distinto al operante en el derecho administrativo y que se sustenta en dos pilares: El funcional: para ser funcionario público es preciso ejercer funciones públicas. Y el orgánico: es preciso un vínculo con la administración que el CP describe como el ejercicio de las funciones referidas en virtud de “disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente”. Una peculiaridad del derecho español es que en determinados delitos de funcionarios públicos extiende el ámbito de aplicación a diversos particulares. Por lo que aquí interesa, a los efectos del delito de cohecho, este es el caso del art. 422 en el que se consideran funcionarios a efectos del cohecho propio a “jurados, árbitros, peritos o cualquiera personas que participen en el ejercicio de funciones públicas”.

3. En la interpretación del art. 24 la jurisprudencia se ha tenido que enfrentar a los dos problemas fundamentales que hoy tiene ante sí el concepto de funcionario público a efectos penales: de un lado, los particulares que ejercen funciones públicas por encargo o delegación de la administración. De otro, la actuación de la administración bajo las formas del derecho privado y los procesos de privatización administrativa. Aunque de las distintas resoluciones no puede extraerse un

criterio jurisprudencial claro, entre otras razones porque se proyectan sobre figuras delictivas diferentes, lo cierto es que la jurisprudencia mantiene un concepto amplio de funcionario público en las dos situaciones que acaban de reseñarse. Así, por ejemplo, y por citar dos casos recientes, en la STS 5-4-2002 (“caso Gil” ED 20002/6946) considera funcionario público al gerente de una sociedad mercantil cuyo patrimonio pertenecía absolutamente a un ayuntamiento y en la que además el Alcalde ejercía el control, de tal forma que el gerente de la entidad no era sino un “hombre de paja”. E igualmente, en lo concerniente a empresas privadas que ejercen funciones públicas, en la STS de 19-02-2000 (ED 2002/25934) considera funcionario público al directivo de un entidad privada (mutua de accidentes de trabajo). En este punto resultan esenciales los fuertes vínculos orgánicos que existen entre esta entidad y la administración pública, que tiene competencias no sólo para su tutela y supervisión, sino que también incluso debe confirmar el nombramiento de los directivos de la entidad. La jurisprudencia española no se ha ocupado hasta ahora sin embargo de casos límite como pudieran ser, retomando ejemplos de otros países, el carácter de funcionario público de los miembros de un despacho de arquitectos que participa en un concurso de adjudicación de obra pública¹⁵ o la empresa privada creada por la administración pero que participa en el mercado ofertando bienes y servicios similares a los de otras empresas privadas¹⁶. Igualmente tampoco está clara la función que está llamado a cumplir el art. 422, precepto sobre el que apenas existen pronunciamientos jurisprudenciales, si bien, y a mi juicio, podría utilizarse sin problemas para supuestos

¹⁵ Vid. por ejemplo BGH 43, 97 ss (15-5-1997)

¹⁶ Vid. NJW 1999, p. 2378 (3-3-1999) (caso de la sociedad gestora del aeropuerto de Frankfurt)

como los que acaban de mencionarse¹⁷. Con las reservas señaladas, los criterios elegidos en las sentencias anteriores: el *control*, en el caso de entidades privadas creadas por la administración, y el de la *integración en la estructura administrativa*, en el caso de particulares que ejercen funciones públicas, a través de la existencia de una competencia administrativa de supervisión resultan válidos y en sintonía con los propuestos, por ejemplo, por el Convenio OCDE.

4. A mi juicio, el criterio de funcionario público debe determinarse a través de un análisis global de los elementos particulares del caso o, dicho de otro modo, mediante una ponderación del factor orgánico y funcional¹⁸. Cuando el criterio orgánico, esto es el encuadramiento en el aparato burocrático del Estado, resulte patente existirá administración pública con independencia del servicio que se preste. El criterio funcional, el segundo de los pilares del concepto de funcionario público, resulta, por el contrario, de gran importancia allí donde el criterio orgánico resulte menos visible. De este modo, en los casos de vínculo orgánico débil sólo cabría hablar indubitadamente de funcionario público cuando el servicio prestado pertenezca al núcleo duro de la administración¹⁹. Fuera de este núcleo, los casos dudosos podrían resol-

¹⁷ Con ulteriores referencias Nieto Martín, *La corrupción en el sector privado: reflexiones sobre el ordenamiento español a la luz del derecho comparado*, Revista Penal, 2002, n.º 10, p. 63 s.

¹⁸ Nieto Martín, *La corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 64, e igualmente en relación al Convenio OCDE, del mismo *La corrupción en el comercio internacional*, Revista Penal, 2003, n.º 12, p. 15 s.

¹⁹ Esto es, de un lado, ejercicio del poder de policía, y en general el resto de las actividades encuadradas en la *Eingriffsverwaltung* y de otro la prestación de servicios de contenidos básicos que en la literatura alemana se incluyen en las denominadas *Leistungsverwaltung* y *Bedarfsverwaltung*.

verse a partir del criterio de si la empresa participa en el mercado en una posición semejante al empresario privado. Dos supuestos son relevantes en este sentido. El primero de ellos se produce cuando el servicio se presta por un órgano privado o privatizado en una situación de monopolio en lo que los ciudadanos han de acudir necesariamente al mismo. La forma elegida para la prestación es en este caso indiferente pues ante esta situación de monopolio el particular se encuentra en una situación similar a la que tiene frente a la administración en aquellos aspectos en que necesariamente está obligado a utilizar los servicios administrativos. Dicho en clave de bien jurídico: el interés existente en la corrección e imparcialidad de la administración es aquí, pese a la privatización, similar al que existe en relación a cualquier otro funcionario público²⁰. El segundo criterio sirve a su vez para limitar al de la competencia, pese a que exista competencia, si la empresa “privatizada” se sigue beneficiando (vgr. mediante un generoso régimen de subvenciones o limitaciones legales de la competencia que la beneficien) de su antiguo status de administración, de forma tal que goza de privilegios competitivos substanciales en relación a sus competidores existirá administración pública a efectos penales.

5. Ciertamente con lo anterior no se han respondido la totalidad de los interrogantes que tiene hoy planteado el concepto de funcionario público. Un problema apenas planteado es la “dimensión temporal”, en los casos en que el pacto corrupto o su propuesta se realiza antes de que la persona tome posesión del cargo o cuando es candidato al mismo. Igualmente, aunque no sólo,

²⁰ En este sentido Henrich, *Der Amtstraegerbegriff im Strafrecht*, 2001, p. 431, 421 ss., 463, 465 con referencia a distintos supuestos de situaciones de monopolio. El criterio de la necesidad de utilización ha sido también utilizado en ocasiones por la jurisprudencia alemana vid. por ejemplo BGH 38, 199 ss.

desde la perspectiva de la corrupción internacional en dictaduras o estados totalitarios resulta también de interés la corrupción de los hombres fuertes del partido que dominan la administración. La sede para resolver muchos de estos problemas sería la financiación irregular de los partidos políticos e igualmente algunos supuestos de corrupción al “funcionario del partido” podrían finalmente generar un delito de tráfico de influencias. No obstante, es posible también pensar en casos en los que los fondos que se dan al candidato o al hombre fuerte no van destinados al partido sino a su propio beneficio personal, lo que les aleja del espectro de la financiación irregular de partidos políticos, y en los que aunque sea fácil probar la retribución al jerarca del partido, después no se aprecie en relación a qué concretos actos ejerció su influencia y si estos estaban conectados con el soborno recibido. En el marco del Convenio OCDE estos aspectos del concepto de funcionario público han quedado abiertos a una futura discusión²¹. Todo este conjunto de problemas, que han salido a la luz al formular el concepto de funcionario en los distintos tratados y textos internacionales, evidencian la necesidad de encontrar una fórmula legislativa uniforme en el ámbito internacional.

B) Las tipologías delictivas en la corrupción de funcionarios públicos.

1. La estructura de los delitos de cohecho contenido en los art. 419 a 426 del CP español puede efectuarse de acuerdo con los criterios de clasificación tradicionales que atienden a la condición subjetiva del autor (cohecho realizado por el particular o activo, o por el funcionario público o pasivo), a la naturaleza del acto ofertado o solicitado al funcionario públi-

²¹ Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, op. cit., p. 16.

co (cohecho propio, si el acto es injusto, cohecho impropio, cuando el acto solicitado u ofrecido es lícito) o a la relación temporal entre el comportamiento del funcionario público y el comportamiento de solicitar una contraprestación (cohecho antecedente y subsiguiente).

2. La figura más grave es el *cohecho propio realizado por un funcionario público* (art. 419-421 del C). El CP, con una precisión desconocida en otros ordenamientos, realiza una compleja graduación de la penalidad de esta conducta que atiende nuevamente al tipo de comportamiento ofertado, solicitado o realizado por el funcionario público. Esta formulación legal es incorrecta. La distinción entre comportamientos delictivos y no delictivos carece de sentido en cuanto que no existe ninguna buena razón para sancionar con más severidad los primeros. Si el funcionario realiza el acto delictivo existirá ya una agravación de la pena a través del correspondiente concurso de delitos. En los supuestos en los que el funcionario manifiesta únicamente su disponibilidad a realizar este comportamiento el incremento de la penalidad se fundamenta en un criterio interno, dudosamente compatible con un derecho penal del hecho. Igualmente carece de sentido la distinción que atiende, en los casos no constitutivos de delitos, a la naturaleza activa o omisiva del acto. No existe razón alguna que permita señalar que la no realización de un acto al que el funcionario venía obligado constituye un comportamiento menos grave²².

²² Bacigalupo Zapater, *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, DJ, Tomo I, 1983, p. 100 y Morales Prats/Rodríguez Puerta, en *Comentarios a la Parte especial del CP* (dir. Quintero Olivares), Pamplona, 2002, p.1690. De otra opinión Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, p. 106, quien además se muestra partidaria de ulteriores precisiones. Sobre la historia de esta prevision, que no encuentra parangón en el derecho comparado, Valeije, *El tratamiento penal*, op cit, p. 206. not. 296.

Pero estas subdivisiones no sólo son criticables desde un punto de vista valorativo. También lo son desde planteamientos prácticos. La distinción entre comportamientos delictivos y no delictivos resulta singularmente compleja cuando el acto prometido o solicitado al funcionario es una resolución administrativa, pues esto implica dilucidar si la resolución no solo resulta contraria a derecho, sino arbitraria y por tanto constitutiva de un delito de prevaricación. En la mayoría de los casos no es posible averiguar el contenido de la resolución con tanta precisión como para catalogar la decisión de prevaricación. Igual ocurre con la distinción entre acción u omisión (420 versus 421), pues a priori resulta complejo determinar si el acto a realizar por el funcionario deberá consistir en una acción o omisión. En estos casos ha de ser de aplicación los principios de *indubio pro reo* y de presunción de inocencia y aplicar la infracción de menor gravedad. Estos principios son también de aplicación en relación a la distinción entre cohecho propio e impropio, cuando no sea posible averiguar si el comportamiento prometido por el funcionario resulta antijurídico. Esta compleja división resulta inoperante si se pone en relación con las características de la corrupción contemporánea, en la cual como es sabido los pactos corruptos se mantienen a lo largo de años, abarcando numerosos y diversos actos por parte del funcionario público y diversas contraprestaciones por parte del particular (corrupción organizada o sistémica). La redacción del CP está pensando en cambio en “pactos corruptos” singularizados (corrupción puntual) que son poco frecuentes y que en todo caso se refieren a niveles de corrupción poco importantes.

3. Aparte de estas críticas, la formulación del cohecho propio se compagina mal con la descripción de este elemento, la contraprestación del funcionario, que se realiza en los distintos Convenios internacionales, donde el elemento clave es la “infracción del deber” (I Protocolo UE y Convenio antico-

rrupción UE) o incluso se pretende prescindir de cualquier referencia a la ilegalidad del comportamiento del agente público, haciendo mención simplemente a la recepción de una ventaja indebida por realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones (Convenio del Consejo de Europa y de la OCDE y Proyecto de Naciones Unidas)²³. Esta última alternativa desdibuja la frontera entre el cohecho propio e impropio y tiene razón de ser especialmente en relación a comportamientos de funcionarios públicos que no pueden describirse correctamente con los adjetivos de legal o ilegal, como ocurre en los casos de actos discrecionales y de naturaleza política, que como es sabido son los más importantes dentro de la corrupción contemporánea.

4. En relación a estos supuestos un tipo de cohecho tradicional basado en una estructura “bipartita”: (a) la recepción de una ventaja indebida + (b) realización de un acto ilegal, acaba siendo inconsecuente allí donde el acto discrecional o político es inobjetable, pues en este caso la estructura bipartita acaba convirtiéndose en “unitaria”: del hecho de haber recibido una contraprestación indebida (a), se deduce sin más que el funcionario ha perdido su imparcialidad y por tanto la adopción del acto es *per se* ilegal²⁴. Y ello por mucho que por ejemplo en el marco de la adjudicación de una contratación

²³ Vid. la explicación de este elemento en el *Informe explicativo sobre el Convenio relativo a la lucha contra la corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros*, DOCE n° C 391 de 15/12/98, p. 1 ss; *Comentarios al Convenio de la Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjero en las transacciones comerciales internacionales*, adoptados por la conferencia negociadora el 21-11-1997, p.8 y Rapport Explicativ de la Convention pénale sur la corruption (STE n° 173), p. 32. El art 15 de la Convención de Naciones Unidas mantiene esta formulación típica.

²⁴ Por ello en el ordenamiento alemán donde el elemento decisivo es la infracción del deber se contempla expresamente los supuestos de actos discrecionales § 332 (2).2.

pública se alegue que la empresa que pago el soborno y resultó ser la adjudicataria era tan idónea o más que el resto.

5. La jurisprudencia española se ha enfrentado con supuestos de corrupción en relación a actos discrecionales y políticos, e incurriendo en una simplificación semejante a la que se acaba de hacer referencia, ha considerado que se trata de supuestos de cohecho impropio. La STS de 28-3-2001 (ED 2001/1439, “caso Urralburu”) se ocupó expresamente de la existencia de injusticia en relación a la utilización de la discrecionalidad en materia de contratación²⁵. El TS razonaba la injusticia del acto indicando que “el propio hecho de que la adjudicación venga preconditionada por un acuerdo previo adoptado en función de una dádiva, adultera de raíz el procedimiento de selección, posterga de modo ilegal e injustificado otras ofertas, que nunca podrán ser analizadas con objetividad (...) y (...) prostituye la propia esencia y finalidad de la discrecionalidad (...), por lo que determina necesariamente el carácter intrínsecamente injusto del acto de adjudicación, con independencia de que se puedan respetar formalmente los aspectos reglados o externos de la resolución”. El TS confirmó esta línea jurisprudencial poco tiempo después mediante la STS de 7-11-2001 (RJ 2001/9684). En este caso, se trataba de un supuesto relativo al pago de sobornos por parte de una empresa farmacéutica a determinados médicos con el fin de que recetaran sus productos. Ante las alegaciones del dirigente de la empresa indicando que “las dádivas no

²⁵ Con antelación a esta resolución el TS se ocupó de esta materia en la STS de 3-11-1994 (RJ 1994/653) y de 9-12-1994 (RJ 1994/9371). Mientras que en esta última adopta un criterio similar a la sentencia del caso “Urralburu”, en la primera de ellas calificó los hechos de cohecho propio (admisión de dádivas o presentes en consideración a su función). Al respecto de estas dos sentencias Rodríguez Puerta. El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios, Pamplona, 1999. p. 288, not. 277.

estaban destinadas a la realización de ningún «acto injusto», pues no es injusto el recetar medicamentos, y no puede serlo tampoco el hecho de percibir dádivas por ello, ya que esta percepción económica integra el cohecho pero no determina por sí misma la injusticia del acto que retribuye”. El TS responde señalando que: “ para calificar el carácter justo o injusto de decisiones públicas de elección entre varias posibilidades alternativas, como sucede cuando se opta por la prescripción de los medicamentos de un laboratorio o de otro con características similares, ha de tenerse en cuenta que la opción final cuenta con componentes de discrecionalidad difícilmente controlables, por lo que el propio hecho de que la decisión no se adopte sobre la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir la función pública sino influida y predeterminada por el aliciente económico, determina la injusticia del acto », por lo que « no se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva”.

A mi juicio, dentro de una estructura bipartita, para no caer en una interpretación analógica y contraria al principio de legalidad no cabe otra solución que acudir a una interpretación cercana a la que constituye el derecho positivo alemán, en donde expresamente se regula el cohecho en relación a actos discrecionales (§332 (2).2). La línea de demarcación que en este ordenamiento se sigue en relación a los actos discrecionales para distinguir el cohecho de la concesión de ventajas (cohecho impropio) reside en demostrar que en su decisión ha influido o va influir la entrega de la dádiva (teoría de la motivación)²⁶. Con ello se respeta a mi juicio la estructura bipartita del delito de cohecho propio en el ordenamiento

²⁶ Por todos con ulteriores referencias Kühl, en Lackner/Kühl, *StGB*, 24 Auf. C.H.Beck, § 332, 4.

español²⁷. No obstante, y de *lege ferenda* probablemente sea recomendable un cambio hacia el modelo simplificado que propone el Consejo de Europa o el Proyecto de Naciones Unidas. La sólo recepción de una ventaja indebida con el fin de que se adopte un acto de naturaleza discrecional es acreedora del marco penal más grave del delito de cohecho. Por otro lado, y siendo realistas, la prueba de si ha existido o no motivación es casi imposible, a no ser que el acto sea verdaderamente ilegal, por lo que dentro de esta propuesta o se “falsea” la valoración de la prueba o si se actúa conforme a la presunción de inocencia será de aplicación siempre el cohecho propio.

6. En relación a comportamientos de índole político nuestra jurisprudencia se ha ocupado del asunto en relación a la figura del “tránsfuga”. En la sentencia de 19-12-2000 el TS se ocupó del siguiente caso: Tras las elecciones municipales, en el pleno donde se ha de elegir al Alcalde, un concejal vendió su voto, en este caso se abstiene, con el fin de que resultara elegido el candidato del partido de la oposición que había sobornado al concejal. Ante las alegaciones de éste, señalando que la entrega de dinero se realizó por un hecho, la abstención en una votación, que no puede ser calificado de injusto, ni de justo en cuanto que se trataría de un acto político y que por tanto su conducta habría de considerarse impune, el TS argumentó indicando que el principio de

²⁷ Esta línea jurisprudencial no es aceptada de modo unánime por la doctrina, vid. al respecto con ulteriores referencias, Rodríguez Puerta, El, p. 223 ss, quien a diferencia de lo mantenido por el TS indica que el acto discrecional solo sería injusto si esta calificación puede mantenerse de acuerdo con los criterios empleados por el Derecho administrativo en el control de la actividad discrecional de la administración sometidos además a una interpretación restrictiva (teoría objetiva). No obstante esta autora de *lege ferenda* es partidaria de incluir los supuestos de discrecionalidad en el cohecho activo propio, Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho*: op.cit, p. 288.

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, contenido en el art. 9.1 de la Constitución, concierne también a los actos de naturaleza política. La “arbitrariedad” en este supuesto de “transfuguismo” político residiría en haber cambiado la orientación del voto, traicionando al partido político por cuyas listas fue elegido y al programa de partido, a cambio de una contraprestación económica. Esta sentencia incurre en un defecto argumental semejante al que antes señalábamos, si bien en los casos de corrupción política la cuestión resulte más compleja, de un lado, porque el ámbito de lo debido o indebido es menos claro y de otro porque el “tránsfuga” siempre puede alegar motivos de “conciencia” difícilmente rebatibles. Estas circunstancias deberían provocar el debate acerca de la necesidad de incluir un precepto específico de corrupción de parlamentarios u otros representantes populares en el ejercicio de su actividad política²⁸. Dentro de los instrumentos internacionales, los artículos 4 y 10 del Convenio del Consejo de Europa poseen un tipo de estas características.

7. El art. 423 en el que se recoge el cohecho activo propio (art. 423) articula sus sanciones atendiendo a si el particular tomó o no la iniciativa. En el primer caso las penas del particular, a excepción de la pena de inhabilitación, resulta similar a la del funcionario público. Si la iniciativa procede del funcionario y el particular se limita atenderla recibe una pena atenuada (art. 423.2). De este modo, en los supuestos en que el particular no haya delinquido con anterioridad, lo más normal es que no se ejecute la pena de prisión. Esta atenuación resulta una solución político criminal razonable allí donde la corrupción se aproxima a la extorsión. Lo que sucede, en pri-

²⁸ En este sentido Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho*, op. cit. , p. 171.

mer lugar, en pactos corruptos de larga duración que comienzan siendo una relación de cooperación, pero que acaban acercándose paulatinamente a la extorsión. Igualmente esta previsión puede ser de utilidad en los supuestos de “corrupción ambiental” en la que el particular se ve obligado a participar en el sistema de intercambios corruptos con el fin de tener alguna oportunidad en un determinado mercado (vgr. la obtención de concesiones públicas)²⁹. Más discutible resulta el fundamento de esta atenuación cuando no existe ninguna presión por parte del funcionario o ambiente extorsivo, pues aquí la atenuación no tiene otro fundamento que el de facilitar la prueba buscando la colaboración del particular. No resulta posible afirmar un menor contenido de injusto o de culpabilidad en su comportamiento por el hecho de atender a la solicitud del funcionario³⁰.

En mi opinión esta diferencia de pena solo resulta justificada si se parte del “estado de necesidad probatorio” existente en los casos de corrupción. Debido a la naturaleza oculta de este tipo de comportamientos y a relación de simbiosis que existe entre el particular y el funcionario público, la posición razonable será la de ocultar cualquier indicio o prueba del acuerdo. La existencia de un marco penal asimétrico sirve de incentivo para que el particular alentado por la menor pena rompa el “pacto” y se decida a colaborar con la administración de justicia con el fin de demostrar que no fue él quien tomó la iniciativa. Ahora bien, aunque esta decisión político criminal que resulta en líneas generales correcta, plantea serios problemas de eficacia en el CP

²⁹ Vid. sobre esta cuestión Forti, *L'insostenibile pasantezza della tangente ambientale: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, RIDPP, 1996, p. 476 ss.

³⁰ Vid. Nieto, *Corrupción*, op. cit, p. 136 ss; Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho*, p. 291 ss.

español si se pone en conexión con el complejo sistema de punición del cohecho activo al que remite. La dificultad de establecer cuál era la conducta ofrecida o solicitada por el funcionario llevará a que se aplique en relación a éste el tipo más benévolo, lo que conduce a que la rebaja de la pena al particular se efectúe a partir de este marco. Ello supone en la mayoría de los casos una pena insuficiente desde el punto de vista preventivo general.

8. Al lado de la rebaja de pena para el particular en el cohecho propio, el CP, tal como mantiene la doctrina mayoritaria, deja sin sanción al particular en los casos de cohecho impropio. A esta conclusión se llega a través de una argumentación que esgrime consideraciones tanto de índole sistemático –la ubicación del art. 423– como valorativo³¹. La no sanción del particular en estos casos responde nuevamente a una concepción extorsiva del cohecho impropio: “si el particular ha tenido que pagar por un comportamiento que el funcionario debía realizar es sin duda porque éste le ha amenazado con no realizarlo”. Este grupo de casos, que podría solventarse sin renunciar a la tipicidad de la conducta del particular a través de la aplicación de causas de justificación³², no es sin embargo el único posible. La irresponsabilidad del particular resulta desacertada, en primer lugar, si el soborno en relación a actos discrecionales y políticos se consideran supuestos de

³¹ Con ulteriores referencias Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho* p. 287 ss. De otra opinión Valeije/Orts, *Comentarios al Código penal de 1995*, Aranzadi, 1996, Vol. II p. 1830 y Feijoo, en *Comentarios al Código penal* (Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro), Civitas, 1997, p. 1140. En la jurisprudencia no existen aún resoluciones expresas sobre este punto en relación al nuevo Código penal, en el CP de 1973 la jurisprudencia no resultaba unitaria aunque predominaba la tendencia de considerar atípica esta conducta.

³² De la extorsión como posible causa de justificación de la corrupción me he ocupado en Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, op. cit, p. 20 s.

cohecho impropio. De ahí los esfuerzos de la jurisprudencias, que antes analizábamos, por reconducirlos al ámbito del cohecho propio. Igualmente, tampoco existen demasiadas razones para la impunidad en los supuestos de agilización de procedimientos administrativos, segunda gran constelación de casos del cohecho impropio³³. La no punibilidad del particular puede ser razonable, a lo sumo, tal como mantiene la Convención OCDE cuando se trata de pequeños pagos con el fin de que por ejemplo se conecte cuanto antes el teléfono, la luz etc. Ahora bien, cuando se trata de autorizaciones importantes o las ventajas ofrecidas son económicamente considerables la no sanción del empresario resulta un craso error. El factor tiempo es de extrema importancia en los negocios y la obtención de una autorización antes que la empresa competidora supone una ventaja competitiva que no cabe desdeñar y ello aunque no pueda demostrarse que otros competidores hayan resultado perjudicados. Además cuando se trata de grandes cantidades, más allá de la contraprestación en concreto, la entrega o promesa de la ventaja patrimonial crea vínculos importantes entre administración y empresario que puede ser decisiva para pactos posteriores. Es decir, en estos casos nos encontramos ante los supuestos que en la terminología alemana se denominan “dar forraje” o “creación de buen clima” en los que como veremos la sanción del particular resulta recomendable.

Aparentemente, la situación del CP no está en contradicción con los distintos convenios internacionales, que parecen referirse en exclusiva al cohecho propio. No obstante, y como ya puse de manifiesto en relación al Convenio OCDE,

³³ No obstante, esta conducta resultará encuadrable en el cohecho propio cuando de la aceleración del expediente se deduzca que otros han sido retrasados y por ello perjudicados, lo que no siempre será sencillo de demostrar, vid. sobre estos supuestos Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho*, op. cit. p. 239 ss.

en realidad sí que existe obligación de sancionar casos de cohecho activo impropio³⁴. Así por ejemplo del Convenio del Consejo de Europa se desprende que deben sancionarse todos los supuestos en que se ofrezca, solicite o acepte una ventaja indebida, con independencia del requisito de “violación del deber” (esto es la justicia o injusticia del acto), lo que implica, sin duda, la sanción del particular en casos de cohecho impropio³⁵. E igual cabría decir en relación al tipo contenido en el Proyecto ONU que como sabemos parte del modelo de la “ventaja indebida”. En suma, estas convenciones internacionales obligan a que el Estado español sancione al cohecho activo impropio, entendido éste como la solicitud, ofrecimiento o aceptación de una ventaja indebida por un acto o omisión del funcionario en el ejercicio de sus funciones. A lo que ciertamente no está obligado es a equiparar las penas del cohecho propio con el impropio.

9. La definición estricta que acaba de darse de cohecho impropio, en la que se mantiene la imagen “contractual” o de compraventa de funciones públicas, no es casual. Y es que lo que dejan de lado expresamente todas las convenciones internacionales son las nuevas modalidades de cohecho consistentes en la concesión de regalos o ventajas patrimoniales al funcionario en atención no a un acto determinado, sino al cargo que ocupa. Esto es, la modalidad de cohecho que constituye la segunda variante del art. 426 del CP español, que responde tanto a ahorrar dificultades procesales, pues basta demostrar una entrega indebida en atención al cargo, como a criterios materiales.

³⁴ Cfr Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, op. cit., p. 16 s.

³⁵ Report Explicativ, p. 9. El *Report* parece finalmente dar libertad a los Estados que sigan construyendo su tipo de cohecho sobre la violación del deber, para que continúen en esta línea, pero siempre que no se lesione el objetivo que se pretende con la definición de corrupción, lo que implica sin lugar a dudas la sanción del particular.

El tipo de *concesión de regalos* se persigue sancionar una serie de comportamientos característicos de la corrupción contemporánea. Tal como mostró el debate político criminal en torno a la reforma alemana de 1997, muchos pactos corruptos comienzan con una fase previa en la que el particular pretende comprometer al funcionario público, creando una suerte de “compromiso” entre ambos a través de la entrega de ventajas económicas aparentemente desinteresadas. Y solo posteriormente se propondrá el verdadero pacto o “negocio”³⁶. Tanto si se atiende a una como a otra finalidad, resulta de nuevo inexplicable el porqué el particular ha de quedar sin sanción, pues esta modalidad de cohecho atiende a una dinámica comisiva en la que el particular claramente toma la iniciativa y realiza los comportamientos más importantes para poner en peligro la imparcialidad y objetividad del funcionario. Igualmente la pena prevista para este caso, la de multa de 3 a 6 meses carece de cualquier efecto preventivo general, sobre todo si se compara con la pena de hasta tres años de prisión que estas conducta pueden recibir de acuerdo con el CP alemán (§ 331 y § 333).

Desde un punto de vista práctico la principal dificultad que plantea esta figura delictiva radica en delimitar el ámbito de lo punible de practicas socialmente aceptadas y que incluso cuentan con incentivos legales como desgravaciones fiscales. Si se interpreta literalmente este tipo penal comprendería practicas como el *sponsoring* (ejemplo: el rector de una Universidad acepta el ofrecimiento de una empresa informática de financiar un curso de postgrado, en un momento en el que la Universidad está inmersa en la renovación de sus equipos informáticos) y otras formas de cooperación entre empresa privada y administraciones públicas (ejemplos: el director de un hospital universitario, especializado

³⁶ En relación a la reforma alemana vid por todos.Schaupensteiner, Das Korruptionsbekämpfungsgesetz, Kriminalistik, 1997, p. 699.

en la investigación de problemas cardiovasculares, recibe una importante ayuda a la investigación por parte de la empresa que le suministra la mayoría de los productos; la industria farmacéutica X patrocina un congreso para médicos en Rio de Janeiro durante la semana de Carnavales). Hasta ahora la jurisprudencia no se ha tenido que enfrentar con este tipo de casos³⁷. En la doctrina se ha propuesto una interpretación material de esta figura delictiva a tenor de la cual sería necesario que de la entrega desinteresada de dinero se desprendiera un peligro concreto para la imparcialidad del funcionario público, lo que supone tener bien presentes las circunstancias de cada caso³⁸. Esta interpretación, completada con el establecimiento de Códigos éticos en la función pública y de oficinas de ética pública a la que los funcionarios puedan consultar los casos dudosos, permitiría dejar en el tipo penal los supuestos merecedores de pena, dotándolo de mayor taxatividad³⁹.

³⁷ Con ulteriores referencias acerca de la discusión de estos casos en el CP alemán Kuhl, en Lackner/Kühl, StGB, § 331, 6a.

³⁸ Vid. Morales Prats/Rodríguez Puerta, *Comentarios*, op. cit., p. 1729 ss. Esta interpretación coincide en gran medida con la existente en el StGB en relación a los preceptos de aceptación y ofrecimiento de ventajas, para la que estos tipos funcionan como una suerte de preparación del futuro pacto corrupto al crear vínculos que lo facilitan. Esta interpretación puede respaldarse además desde un análisis económico de la corrupción. La concesión de regalos sería un coste de transacción más que debe asumir el particular, con el fin de firmar más tarde “el contrato corrupto” con el funcionario público. La amenaza penal en esta fase aumenta los costes de transacción y por tanto hace más difícil la corrupción.

³⁹ La creación de Códigos éticos es uno de los puntos nucleares de los principios directores contra la Corrupción del Consejo de Europa que ha elaborado un Código de conducta modelo. En USA existe la posibilidad, por ejemplo, en el marco de la Foreign Corrupt Practices Act, de formular preguntas al Fiscal general del Estado (vid. condiciones y procedimiento en FCPA opinion procedure, en <http://www.usdj.gov/criminal/fraud/fcpa/opinionproc.htm>). Con carácter general existe además una Oficina de ética pública (Office of Government Ethics (GE) creada por la Ethics in Government Act of 1978. Otra técnica legislativa es la seguida por el legislador alemán en el delito de concesión y aceptación de regalos (cohecho pasivo y activo impropio) § 333.(3) y § 333.(3), donde se declara la atipicidad de la aceptación del regalo o su concesión si el funcionario cuenta con la autorización de la autoridad competente para aceptar el regalo, al respecto monográficamente Hartung, Erlaubte Vorteilsannahme, Berlin,

10. El *cohecho subsiguiente* es la última de las modalidades de corrupción. El CP lo tipifica conjuntamente con el cohecho impropio en el art. 425, lo que en parte oscurece el significado de esta figura introducida en el CP de 1995⁴⁰. La diferencia fundamental de esta figura con el cohecho antecedente es que el funcionario realiza un determinado comportamiento, que puede ser tanto conforme como contrario a deber, sin que haya existido acuerdo o pacto previo con el particular, realizándose con posterioridad el *pactum sceleris*. Es importante no confundir esta figura con aquellos casos de cohecho antecedente en los que existe un pacto con antelación al comportamiento del funcionario y lo que se aplaza, para después de que el funcionario realice su contraprestación, es la entrega efectiva de la ventaja patrimonial. Para la consumación del cohecho lo verdaderamente relevante es el “pacto” o que la “oferta de compraventa” ya proceda del funcionario o del particular llegue a la otra parte. La efectiva recepción de la ventaja patrimonial o, en otros casos, la efectiva realización del “servicio” prometido por parte del funcionario carecen de importancia a los efectos de establecer la consumación del delito. El punto de referencia temporal para distinguir estas figuras se sitúa, por tanto, en el momento de la realización del pacto. Por ello incluso estaríamos en casos de cohecho antecedente cuando existe un acuerdo previo y tras la realización de la conducta se acaban de perfilar determinados aspectos del

1994. En nuestro país, y hasta la fecha no existe ningún tipo de Código ético para funcionarios públicos, vid. además la crítica en este punto que se efectúa en Evaluación sobre la corrupción en España, op. cit., p. 51 s y la recomendación (p. 55) de “estudiar la adopción de un Código de Conducta nacional para los funcionarios”. La Convención de Naciones Unidas dedica su art. 8 a los códigos de conducta para funcionarios públicos. No obstante, la adopción de Códigos éticos no tiene carácter vinculante (“*cada Estado parte procurará aplicar*”)

⁴⁰ Acerca de la situación anterior al CP, Valeije, *El tratamiento penal de la corrupción*, op. cit. p. 175 ss.

mismo como la cuantía de la contraprestación. Esta configuración de la consumación del cohecho es compartida por la totalidad de instrumentos internacionales, que no obligan a la sanción del cohecho subsiguiente⁴¹.

El art. 425.1 contiene dos modalidades diferentes de cohecho subsiguiente. El art. 425.1 recogería el *cohecho subsiguiente impropio*, conducta que consiste en “recompensar” al funcionario público por un comportamiento (activo u omisivo) ya realizado y que resulta además conforme con el ordenamiento jurídico. La segunda de las variantes, el *cohecho subsiguiente propio*, se contiene en el art. 425.2 aquí se trata de recompensar al funcionario público por un acto ya realizado “cuando este sea constitutivo de delito”. Las penas son en este segundo caso considerablemente mayores (prisión de uno a tres años, multa e inhabilitación). La figura del cohecho subsiguiente en ambos casos responde a una doble finalidad. De un lado procesal, pues permite aplicar una sanción probando la entrega de dinero y el comportamiento del funcionario, aunque no se haya demostrado la existencia de un acuerdo previo⁴². Igualmente puede servir para ahorrar discusiones en relación a supuestos en los que las “conversaciones” entre funcionario y particular anteriores a la actividad del primero sean demasiado vagas como para poder hablar de pacto, por haber concretado posteriormente aspectos esenciales acerca de la entrega, el modo de la ventaja patrimonial e incluso el obligado a realizarla⁴³. Y de otro material, pues al igual que ocurre con la entrega de ventajas en atención al cargo (art. 426, pri-

⁴¹ Vid expresamente sobre este asunto el Informe Explicativo sobre el Convenio anti-corrupción de la UE, p. 3-4. y 5.

⁴² Cfr. Orts/Valeije, *Comentarios*, op. cit., p. 1837.

⁴³ Ejemplo: cuando las negociaciones las ha realizado un intermediario independiente que sólo comunica al interesado la necesidad de abonar una determinada cantidad de dinero después de que el funcionario haya realizado su parte.

mer inciso), la recompensa crea en cualquier caso un vínculo entre el funcionario y el particular que resulta peligroso para el principio de imparcialidad.

La figura del cohecho subsiguiente resulta criticable desde el punto de vista material. La afección al bien jurídico “imparcialidad” resulta imposible cuando el pacto tiene lugar tras el comportamiento del funcionario. Por eso no tiene razón de ser su equiparación punitiva con los casos de cohecho antecedente. Su contenido de injusto, y por ello su marco punitivo, coincide con el tipo de aceptación de regalos en atención al cargo. Al igual que en este delito, tal como ya se ha apuntado, lo relevante es que de un modo impreciso se compromete la imparcialidad del funcionario en relación a actos futuros aún sin determinar. Un tipo de aceptación de regalos con un marco punitivo más severo que el fijado por el art. 426 y en el que además se dejara clara la sanción del particular constituye la solución legislativa ideal. Esta figura serviría para solventar las dificultades probatorias sin con ello crear un auténtico delito de sospecha, que es en realidad lo que representa la tipificación del cohecho subsiguiente⁴⁴. Es más resulta dudoso incluso que el cohecho subsiguiente facilite substancialmente la prueba. Demostrar que el dinero se ha entregado como recompensa precisamente por el comportamiento realizado por el funcionario es probablemente más complejo que probar la existencia de un “acuerdo previo” entre funcionario y particular.

C) Aspectos comunes.

1. El delito de cohecho consiste, al menos en sus modalidades más importantes, en el intento o la compraventa de fun-

⁴⁴ Vid. las críticas que en este sentido realiza Feijoo, *Comentarios*, op. cit., p.1137, ulteriores críticas a esta figura pueden también encontrarse en Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho*, op cit., p.281 ss.

ciones públicas. Por esta razón resultan de importancia tanto el análisis de la contraprestación que proviene del lado del funcionario público, como la que proviene del mundo de los negocios. En este último caso, que es el que ahora interesa, existen tres discusiones básicas: la naturaleza de la dádiva, su cuantía o carácter socialmente adecuado y en qué medida terceros distintos al funcionario público puede ser los beneficiarios.

2. A pesar de lo añejo de la discusión relativa a la *naturaleza de la dádiva* un somero repaso al derecho comparado muestra que esta cuestión dista de ser pacífica. Así mientras en unos ordenamientos se mantiene un concepto amplio de contraprestación que abarca tanto aquellas que son mesurables económicamente, como otro tipo de utilidades aptas para satisfacer cualquier necesidad humana (relaciones sexuales, otorgamiento de honores, promoción política o profesional independientemente de si está ligada o no a incrementos retributivos...), en otros la ventaja se limita a aquellas susceptibles de valoración económica. Este último es el caso de nuestro país, donde mayoritariamente la doctrina se ha pronunciado en este sentido, utilizando como argumentos la multa proporcional a la cuantía de la dádiva, criterios de merecimiento y necesidad de pena o irreprochables interpretaciones históricas, gramaticales y teleológicas⁴⁵. En las Convenciones internacionales sobre corrupción domina sin embargo el primero de los posicionamientos⁴⁶. En este marco el término clave, a la hora de determinar las contraprestaciones delictivas, no es su mesu-

⁴⁵ Ampliamente Olaizola, *El delito de cohecho*, op. cit., p.305ss, con referencias a la situación en Alemania e Italia.

⁴⁶ Vid. Convenio del Consejo de Europa, art. 2 y especialmente el punto 37 del Rapport explicativo; Convenio OCDE y Comentarios, p. 8 y Proyecto de Convención de la ONU, art. 19, en cualquiera de sus dos variantes. El texto aprobado (art. 15 y 16) mantiene también este criterio.

rabilidad económica, sino el adjetivo “indebido”: lo decisivo es que el funcionario tenga o no derecho a recibir la contraprestación según el ordenamiento de cada país y que esta mejore su posición⁴⁷.

A mi juicio, aunque ambos conceptos adolecen de importantes zonas de penumbra, el criterio amplio de ventaja, pese a la limitación de indebida crea mayor inseguridad jurídica, y además deja sin resolver los casos de ventajas no patrimoniales más importantes, pues en relación a los mismos no siempre existe una regulación jurídica⁴⁸. Igualmente tampoco existe acuerdo, como en seguida se verá, en los instrumentos internacionales acerca de si los usos sociales o costumbres, sirven para convertir en “ventaja lítica” una contraprestación a la que el funcionario no tiene derecho. No obstante el criterio

⁴⁷ En ordenamientos como el alemán, en los que se mantiene un concepto amplio de ventaja patrimonial, la limitación proviene tanto del adjetivo “indebida” como de la necesidad de que la ventaja mejore de un modo objetivamente apreciable la situación económica, jurídica o personal (con referencias Kühl, Lackner/Kühl, StGB, § 331, marg. 4), si bien debe reconocerse que este último límite es altamente impreciso, c/r Olaizola, *El delito de cohecho*, op. cit., p.318.

⁴⁸ El criterio deja sin resolver, por ejemplo, el caso más citado de ventaja no económica, el de las relaciones sexuales, al menos en las modalidades de cohecho impropio (¿prohíbe algún ordenamiento que un funcionario tenga relaciones sexuales con otra persona “en atención a sus funciones”?). Sobre las relaciones sexuales como contraprestación vid. a favor Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 193 y en contra Valeije, *El tratamiento penal de la corrupción*, op. cit., p. 153 s. Igualmente, en relación a estas mismas figuras de cohecho, crea importantes zonas de inseguridad jurídica pues introduce en el tipo o en sus aledaños comportamientos que en principio, por mucho que sean reprochables políticamente, es dudoso que lo sean penalmente:

– El Ministro de Obras públicas recibe un premio, sin contraprestación económica pero de gran prestigio social, lo que ayudará a su carrera política, concedido por una asociación financiada por alguna de las empresas constructoras más importantes del país.

– El Ministro de Economía, que atraviesa una etapa política complicada, pide como contraprestación al dirigente bancario, a cambio de una actuación no ilegal, que realice unas declaraciones públicas alabando su gestión.

de lo “económico” como límite también resulta insatisfactorio si se emplea de modo estricto. La cuestión no es a mi juicio demasiado diferente de la discusión relativa a la teoría de patrimonio que se maneja en el delito de estafa. En primer lugar, el criterio económico de ventaja debe filtrarse normativamente, de modo paralelo a lo que ocurre con la teoría económico jurídica de patrimonio. De esta suerte no deben considerarse delictivas aquellas contraprestaciones patrimoniales a las que el funcionario tiene derecho, aunque se pidan a cambio de un acto ilícito. Distintas a la ventaja a la que se tiene “derecho” –que además sólo analógicamente podría ser considerada ventaja– son aquellas contraprestaciones del particular que se derivan simplemente de su libertad de disposición y de contratación. Aunque estas resulten en sí lícitas resultan indebidas cuando a cambio se exige del funcionario un acto ilegal, pues crean una situación de conflicto de intereses que es incompatible con las obligaciones legales del funcionario⁴⁹. Igualmente en la medición de lo “económico” en la ventaja patrimonial deberían introducirse criterios subjetivos, semejantes a los que existen en la teoría personal del patrimonio, con el fin de considerar ventajas patrimoniales supuestos que desde un punto de vista estrictamente económico – incremento monetario - no suponen

⁴⁹ Sobre esta cuestión vid. además Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 358 s. y Valeije, el tratamiento penal de la corrupción, op. cit., p. 130-131.

Ejemplos:

- (a) El funcionario A se compromete a agilizar unos trámites que conciernen a la inmobiliaria X, a cambio de que ésta le otorga preferencia al buscarle una vivienda por la que el funcionario paga el precio de mercado. La preferencia con el cliente aunque en sí resulta lícita, responde a la libertad de obrar por parte del particular y crea un conflicto de intereses. Igual justificación tiene a mi juicio aquellos casos en que se concede un préstamo en condiciones favorables.
- (b) El mismo caso que el anterior, solo que la contraprestación que recibe el funcionario es el abono de antiguas deudas que tenía con la inmobiliaria. En el cohecho impropio por el contrario al no resultar la contraprestación del funcionario ilícita no existe ningún conflicto de intereses y por tanto la oferta o admisión de la ventaja patrimonial resulta lícita.

probablemente ningún incremento patrimonial, como, por ejemplo, la mejora de las expectativas laborales⁵⁰ o la concesión de contraprestaciones económicas razonables en términos de mercado, pero normativamente ilícitas⁵¹.

3. El segundo aspecto discutido en relación a la contraprestación del particular obedece a razones cuantitativas y culturales que pueden reconducirse a tres figuras penales que con carácter general actúan como causas de atipicidad: la adecuación social (contraprestaciones que responden a usos sociales), la tolerancia (contraprestaciones que no responden a usos sociales, pero que la sociedad y los órganos de persecución penal permiten, “mirando hacía otro lado”) y el principio de insignificancia (pequeñas contraprestaciones). La respuesta a esta segunda cuestión resulta más compleja e importante de lo que a primera vista parece cuando se diseñan los contornos de un tipo penal destinado a sancionar la corrupción internacional. Y es que las costumbres y el nivel de tolerancia pueden ser tremendamente diferentes en un país africano o en el norte de Europa. Esta dificultad transluce por ejemplo en las diferentes soluciones que se adoptan en el Convenio del consejo de

⁵⁰ Ejemplo: una empresa constructora ofrece un puesto de trabajo al arquitecto municipal a cambio de que este les relvele determinados detalles técnicos de un concurso de obra. Sobre la cuestión de la expectativa de un mejor puesto de trabajo como ventaja patrimonial, vid. en contra Valeije, *El tratamiento penal de la corrupción*, op. cit., p. 150 y a favor Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 192. La introducción de criterios subjetivos a la hora de valorar la ventaja patrimonial permite una posición más cercana a la que mantiene esta última autora, para quien existe ventaja patrimonial aun cuando el trabajo ofertado no conlleve un mayor sueldo, pero sí una mejora objetiva de la situación del funcionario.

⁵¹ Ejemplo: al arquitecto del ejemplo anterior no se le ofrece un puesto de trabajo, sino la realización de un proyecto, por unos honorarios que son los existentes en el mercado. Desde el punto de vista de la teoría económica del patrimonio en sentido estricto sería complejo indicar aquí la existencia de un “incremento patrimonial” y ello pese a que la realización de actividades privadas es ilícita (art. 1 Ley 53/1984, de incompatibilidades).

Europa, donde lo socialmente adecuado, sirve de causa de atipicidad y el convenio OCDE en el que expresamente se señala lo contrario. Esta última opción, la irrelevancia de la tolerancia y lo socialmente adecuado⁵², parece preferible cuando se aspira a establecer una regulación “global” de la corrupción. La discusión existente en USA en relación a la FCPA, que posteriormente se ha plasmado en el Convenio OCDE, muestra que resulta correcto desde el punto de vista político-criminal exigir a las grandes empresas multinacionales un compromiso anticorrupción consistente en que en los países en los que actúan no utilicen criterios de actuación comercial diferentes a los que utilizarían en su país. En cualquier caso y para los casos dudosos, por ejemplo allí donde no aceptar un determinado regalo o no ofrecerlo pueden interpretarse como una descortesía, sería conveniente la elaboración de códigos éticos en las empresas o crear oficinas de ética pública a las que éstas pudieran consultar los distintos problemas que vayan surgiendo en el transcurso de su actividad.

Distinto es, a mi juicio, el caso de los supuestos de bagatela, los pequeños pagos que actúan como causa de atipicidad tanto en el Convenio del Consejo de Europa como en el de la OCDE. La elección me parece acertada. En el ámbito de la “gran corrupción” realmente no hay pequeños pagos: nadie otorga un contrato de obras millonario a cambio de una pequeña atención. En el derecho español la discusión acerca de este problema se ha producido hasta ahora en torno a la microcorrupción administrativa, por lo que lógicamente los parámetros político criminales son distintos. Por ello la mayoría de la doctrina y jurisprudencia es partidaria de la irrelevancia de la cuantía y de criterios imprecisos como el de la adecuación social. El

⁵² Vid. sobre estos conceptos Luzón Peña, *Causas de atipicidad y casuas de justificación*, en Mir Puig/Luzón Peña, coord.) *Causas de justificación y atipicidad en Derecho penal*, Pamplona, 1995, p. 21 ss.

criterio fundamental no es ni cuantitativo, ni social normativo, sino de imputación objetiva: lo importante es que la contraprestación ilícita deba tener “capacidad objetiva de corromper”⁵³.

4. Tercer y último aspecto discutido en torno a la contraprestación es si la misma puede favorecer a un tercero distinto al funcionario público. Esta cuestión ofrece *prima facie* pocos problemas. El CP español, tras 1995, y la totalidad de los Convenios internacionales anticorrupción emplean expresiones semejantes a la del “provecho propio o de tercero”. En relación a este aspecto se mantuvo tradicionalmente, antes de la modificación del cohecho en 1995, la necesidad de que el funcionario obtuviera al menos un provecho mediato⁵⁴. Tras el CP de 1995, y recogiendo en buena parte la polémica surgida en Alemania en relación al delito de cohecho y la financiación ilegal de partidos políticos, la doctrina se encuentra dividida en torno a si es necesario algún tipo de beneficio⁵⁵. Una nueva constelación de casos, cuya resolución resulta compleja, incluso acudiendo al criterio del beneficio mediato, es aquel en el que el beneficiario de la ventaja patrimonial es precisamente la

⁵³ Con referencias doctrinales y jurisprudenciales Olaizola, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 336 ss. Como criterio alternativo a la insignificancia de la dádiva la doctrina italiana ha propuesto el de proporcionalidad, en el sentido de que dado que la corrupción es una suerte de contrato, entre la contraprestación y el acto administrativo debe existir una cierta proporcionalidad. De este modo una “cesta de navidad” sería un precio proporcional para el “aprobado” en un examen, pero no para el otorgamiento de una obra pública. Vid. críticamente sobre este criterio Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 336; Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 194 ss, 200, si bien considera la necesidad de establecer criterios cuantitativos en el marco del art. 426 ;Valeije, *El tratamiento penal de la corrupción*, op. cit., p. 156-157, para quien además que esta discusión, la relativa a la existencia de un límite cuantitativo, tiene fundamentalmente importancia probatoria.

⁵⁴ Vid. referencias en Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, op. cit. p. 347.

⁵⁵ Vid. por ejemplo negando la necesidad de un beneficio indirecto Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 356 y favorable en cambio a este requisito Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 366.

entidad administrativa que dirige el funcionario público⁵⁶ o, como puede ocurrir la corrupción de parlamentarios, cuando el beneficio se distribuye entre numerosas personas⁵⁷.

5. Existe acuerdo a la hora de calificar al delito de cohecho propio como un tipo mixto alternativo, esto es, como un tipo penal en el que se describen una serie de conductas, bastando la comisión de cualquiera de ellas para la comisión del delito. La consumación depende por ello del tipo de conducta realizada por el particular o el funcionario público. En el cohecho propio el delito se consuma para el que toma la iniciativa – ya sea el particular o el funcionario – cuando su solicitud es conocida y comprendida por el destinatario final. La necesidad de comprensión no es un requisito sin importancia habida cuenta de los especiales códigos lingüísticos, de la jerga, que puede utilizarse dentro de la subcultura de la corrupción⁵⁸. Igualmente, la recepción del mensaje por un intermediario tampoco supone la consumación sino un acto preparatorio. Esta estructura se produce también, aunque con alguna modificación en relación al art. 426⁵⁹, en el cohecho impropio, donde recor-

⁵⁶ Favorable a la existencia de un delito de cohecho, Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 357-358; en contra en cambio Morales Prats/Rodríguez Puerta, *Comentarios*, op. cit., p. 1236. En la jurisprudencia STS de 5-2-1995 (RJ 1996/797) en la que se absuelve a la alcaldesa que solicitó dinero de unos constructores con el fin de pasar por alto irregularidades urbanísticas y que dedica los fondos a crear una banda de música y a reparar un colegio público.

⁵⁷ Ejemplo: el parlamentario otorga su voto de modo contrario al criterio que mantiene el partido al que pertenece, pues ha recibido como ventaja que su circunscripción electoral se beneficie de un plan de ayudas del que en principio quedaba excluida. Vid. ampliamente en relación a esta cuestión Epp, *Die Abgeordnetenbestechung* -§ 108 StGB, Frankfurt an Main, 1997.

⁵⁸ Cfr. Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 404, quien considera, en sintonía con la doctrina alemana, que también es posible la consumación cuando el mensaje aunque no ha sido comprendido por su destinatario, lo era por el hombre medio.

⁵⁹ Cfr. Feijoo, *Comentarios*, op. cit., Art. 426, p. 1139.

demos solo es punible la conducta del funcionario público. Por lo que se refiere a la parte que recibe la oferta, el delito se consuma cuando se cierra el pacto en virtud del cual se fijan las dos contraprestaciones (la ventaja económica y el comportamiento a realizar por parte del funcionario). En el cohecho pasivo el Código utiliza los verbos de “recibir” y “aceptar”, sin referirse al núcleo de la conducta típica que es el cierre del pacto. Por ello debe entenderse que con estos verbos no se quiere describir otra cosa que la aquiescencia del funcionario a la oferta⁶⁰. E igualmente ocurre en el marco del cohecho pasivo en donde la imprecisión es aún mayor al utilizar el verbo “corromper”⁶¹. El que la consumación del delito no exija la entrega de la ventaja económica es de gran importancia. Una de las maneras que tiene el particular para asegurarse de que el funcionario cumplirá con su parte del pacto es precisamente diferir la entrega de la ventaja o al menos fraccionarla de tal forma que una parte de la misma solo se entregue cuando el funcionario cumpla.

6. Aunque conceptualmente son posibles formas de *tentativa*, la doctrina mayoritaria niega que ésta sea punible, argumentando que en el delito de cohecho se consideran consumadas conductas que en otros delitos supondrían formas de tentativa. La sanción de la tentativa vulneraría el principio de ofensividad⁶². En el CP de 1995 no se sancionan en relación al cohecho *actos preparatorios*. La jurisprudencia por el contrario admite en cambio la tentativa de cohecho⁶³, sobre todo en relación a supuestos en los que ha existido un agente provo-

⁶⁰ Cfr. Valije Álvarez, *El tratamiento penal de la corrupción*, op. cit., p. 108 ss.

⁶¹ Cfr. Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 286 s.

⁶² Cfr. Valeije Álvarez, *El tratamiento penal de la corrupción*, op. cit., p. 240, Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 405 s, Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 257 s.

⁶³ TS 23-2-1993 ED 1993/1705; TS 13-06-2002 ED 2002/26724.

cador, e incluso durante la vigencia del CP anterior, aunque se mostraba partidaria de una interpretación restrictiva, no rechazó la posibilidad de sancionar actos preparatorios⁶⁴. En los Convenios internacionales sobre corrupción la tendencia en este punto pasa por no exigir el castigo de actos preparatorios o tentativa⁶⁵ o bien sólo hacerlo en la medida en que se haga en el derecho interno⁶⁶. No obstante, en relación a la sanción de actos preparatorios debe tenerse en cuenta que la estrategia político criminal internacional pasa por su incriminación a través de los convenios sobre criminalidad organizada, en el sentido de que la creación de agrupación para cometer un delito de cohecho y mucho más montar una estructura organizada de corrupción entraría dentro del tipo de participación en una organización criminal⁶⁷.

⁶⁴ TS 5-02-1993 ED 1993/997.

⁶⁵ Esta es la opción del Convenio del Consejo de Europa y el de la UE. En el Proyecto de Naciones Unidas (art. 20), en algunas de sus variantes se propone la sanción de la confabulación.

⁶⁶ Vid. art. 1.2 del Convenio OCDE y el art. 30 del Proyecto de Naciones Unidas que recoge el principio de equivalencia en relación a la tentativa. En este punto no puede dejar de advertirse que sería una incoherencia obligar a castigar actos preparatorios (confabulación) a los Estados firmantes y someter la sanción de la tentativa al principio de equivalencia. Esta contradicción puede salvarse si los actos preparatorios se sancionan únicamente en cuanto cumplan los requisitos de la creación de una organización criminal, dentro de las medidas relativas a la criminalidad organizada. En la Convención (art. 27) se obliga a sancionar la tentativa y los actos preparatorios, si bien los Estados pueden optar entre diversas técnicas legislativas “de conformidad con su derecho interno”

⁶⁷ Vid. Proyecto revisado de convenión de las Naciones Unidas contra la corrupción, not 158 en donde se discute la utilidad de sancionar la confabulación, conspiración, alegando que la Convención sobre Delincuencia Organizada aporta ya soluciones para esos casos. Vid. en relación a los requisitos típicos del delito de participación en una organización criminal Blanco Cordero/García de Paz, *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la UE) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio*, Revista Penal 2000, nº 5, p. 3 ss. Igualmente en el Corpus Iuris el delito de Conspiracy (Association de malfaiteurs) (art. 8) sigue esta

7. La fijación de los requisitos mínimos que son necesarios para que se entienda que existe un “acuerdo” resulta una cuestión de gran importancia. En este sentido, se indica que no es preciso ni que la oferta, ni que el pacto sean detallados, aunque sí que sea necesario una cierta concretización, que permita conocer al menos en líneas generales la naturaleza del acto⁶⁸. Por consiguiente nada impide dejar abiertos tanto aspectos relativos a la contraprestación del funcionario, como otros concernientes al *quantum* o a la forma de pago de la ventaja patrimonial. El grado de concreción de las solicitudes o del pacto tiene importancia a la hora de encajar la conducta delictiva dentro de la prolija clasificación de pactos y de penas contenida en la regulación del cohecho propio (comportamiento delictivo, acción injusta, omisión injusta). Igualmente cuando no sea posible, por la vaguedad del acuerdo, determinar la naturaleza injusta del comportamiento a realizar por el funcionario público, los hechos solo podrán sancionarse como cohecho impropio, lo que implica, según la posición mayoritaria, la no sanción del particular⁶⁹.

línea político criminal. Vid. Delmas Marty (dir) *Corpus Iuris*, Paris, 1997, p. 60-62. En nuestro ordenamiento con la jurisprudencia sentada en el caso Filesa en relación al delito de asociación ilícita resulta también posible la sanción de actos preparatorios cuando cumplan los requisitos típicos del art. 515 (al respecto Quintero Olivares, *La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*, en Ferré Olivé/Anarte Borrallo (eds), *Delincuencia organizada*, Huelva, 1999, p. 177 s.). Sobre las conexiones entre criminalidad organizada y corrupción se ha ocupado la doctrina Italiana, vid. Alfonso, *Infiltrazione della criminalità organizzata e condizionamento dell'attività della pubblica amministrazione*, en *Fraude y Corrupción en la administración pública*, Ferre et alt (comp.) Salamanca, 2002, p. 255 ss.

⁶⁸ Cfr. Valeije Álvarez, *El tratamiento penal de la corrupción*, p. 202 s., con referencias jurisprudenciales.

⁶⁹ En los casos de cohecho subsiguiente regulados en el art. 425 la problemática resulta similar en cuanto que también resulta preciso demostrar que el funcionario solicita la contraprestación en relación a un concreto acto ya realizado. Si no logra determinarse el carácter delictivo del comportamiento, se habrá de aplicar la modalidad de cohecho subsiguiente prevista en el primer párrafo.

En este sentido debe tenerse en cuenta que el cohecho, en su modalidad de aceptación o acuerdo, aunque se consuma en el momento del primer acuerdo, supone un pacto que se prolonga en el tiempo. Se trata de lo que dogmáticamente conocemos como un delito permanente. Una vez que se produce el pacto, la lesión del bien jurídico –imparcialidad– se continua en el tiempo por voluntad de las partes. Dado que en los delitos permanente existe un único comportamiento, las sucesivas modificaciones del contenido del pacto que se producen a lo largo del tiempo modifican la calificación del delito. Técnicamente no puede entenderse que cada una de estas modificaciones suponen comportamientos y por tanto delitos diferentes⁷⁰. De este modo, el pacto que comienza como delito de cohecho impropio, puede transformar su calificación con el transcurso del tiempo y convertirse en propio y viceversa. En la práctica, en cualquier caso, dadas las dificultades probatorias de estos comportamientos, resulta ilusorio pensar que va a ser posible probar las distintas transformaciones del pacto.

8. Aunque también están relacionados con la estructura temporal del cohecho y con la pervivencia de los pactos corruptos, resultan distintos a estos últimos supuestos aquellos en los que existen diversos pactos a lo largo del tiempo con sucesivas entregas de dinero y diversas contraprestaciones. En estos casos existe un delito continuado de cohecho (art. 74 CP). Igualmente existe “delito continuado” cuando el particular soborna a varios funcionarios públicos en el marco de una misma operación o en situaciones similares o cuando el funcionario monta una red de sobornos en la que participan diversos particulares. La figura del delito continuado de cohecho

⁷⁰ Cfr. Jescheck/Weigend, *Lehrbuch Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl.*, Duncker & Humblot, p. 712 señalando que el delito permanente implica una unidad de acción.

responde a la estructura más importante de la corrupción actual en la que como se ha indicado las relaciones de corrupción se prolongan a lo largo de años.

9. La dimensión temporal del delito tiene también su importancia en la “prescripción”. Tal como se indica en el art. 132 del CP los plazos de prescripción comienzan a correr en el delito continuado a partir de la realización de la última de las infracciones y en el permanente a partir de que se elimina la situación ilícita. Lo cual implica que los plazos de prescripción no empieza a contar desde el momento en que se perfecciona el acuerdo entre el funcionario y el particular, sino desde el momento en que el ataque a la imparcialidad y objetividad de la administración desaparece debido al cumplimiento de lo pactado por parte del funcionario público o a la ruptura del pacto⁷¹. Esta especial regulación de los prescripción en delitos permanentes y continuado es tremendamente importante en relación a una represión eficaz de la corrupción, tal como se pone de manifiesto en los diferentes convenios internacionales que exigen un plazo de prescripción adecuado.

10. En otro apartado se analizaron ya los fundamentos del tratamiento del particular autor del delito de cohecho activo. Por lo que en este punto resta únicamente por referirse a la

⁷¹ A iguales resultados en relación a la prescripción se llega si se admite que la consumación (Vollendung) se produce con el pacto y la terminación (Beendigung) con el cumplimiento de las respectivas contraprestaciones, pues de acuerdo con esta interpretación, mayoritaria en la doctrina alemana, el momento de la prescripción se sitúa en la terminación, vid. Rudolphi, en *Systematische Kommentar zum StGB*, 5. Aufl. § 331, marg. 52. En relación a los supuestos de “ruptura del pacto” lógicamente no cabe hablar de desistimiento porque el delito ya se ha consumado. No obstante, en este punto sería interesante pensar en la posibilidad de crear una cláusula de arrepentimiento activo, semejante a la que en el CP alemán existe en algunos delitos de peligro como el fraude de subvenciones. Al respecto vid. la propuesta de Bannenberg, *Korruption in Deutschland*, op. cit., p. 422 ss.

responsabilidad en la que incurren otros terceros que participan en el delito de cohecho. La doctrina se ha preocupado en nuestro país fundamentalmente de analizar la responsabilidad de dos grupos de casos: a) de las personas que reciben la ventaja patrimonial, ya sea en su beneficio, ya sea como simples “hombres de paja”, simples testaferros que ayudan al funcionario a camuflar el verdadero destino de la ventaja que no es otro que el patrimonio del funcionario público (“intermediarios en el beneficio”)⁷²; b) las personas que intervienen como “intermediarios” entre el funcionario y el particular en el momento de plantear, negociar o ejecutar el “contrato” corrupto (*intermediarios en la mediación*)⁷³.

La figura del intermediario es esencial en el delito de cohecho, sobre todo cuando este se realiza en el comercio internacional, donde las empresas necesitan valerse de conoedores del “medio” (asesoras, abogados, otros hombres de negocios etc) que las pongan en contacto con las personas idóneas. La calificación de estos intermediarios como partícipes, necesarios o no dependiendo de la importancia de su contribución, no ofrece lugar a dudas. Igualmente el legislador soluciona expresamente en el delito de cohecho (“por sí mismo o por persona interpuesta”) los problemas que pudieran existir en relación a la responsabilidad del funcionario que se vale de un instrumento doloso no cualificado (de un *extraneus*) para realizar el comportamiento típico. Esta previsión aparece también en todos los Convenios internacionales. Los problemas prácticos que hoy plantean los intermediarios en la mediación

⁷² Las expresiones “intermediarios en el beneficio” y “en la mediación” han sido acuñadas por Valeije, *El tratamiento penal de la corrupción*, op. cit., p. 117.

⁷³ A estas dos cuestiones aún podría sumársele una previa, que afecta sobre todo a los intermediarios: ¿de qué delito han de considerarse partícipes, del cohecho del funcionario o de el del particular?, al respecto Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 195 ss.

son diferentes al del instrumento doloso no cualificado y van unidos a las cuestiones de autoría y participación del derecho penal de la empresa. Estos surgen fundamentalmente porque en el ámbito de la corrupción internacional los directivos de sociedades internacionales suelen argüir en su defensa que desconocían el modo concreto en que se comportó el intermediario, sobre todo cuando este actúa con un relativo grado de independencia. Por esta razón la FCPA incluye dentro de las formas de imputación subjetiva la “ignorancia consciente” e incluso se plantea en este ámbito la posibilidad de sancionar el cohecho imprudente⁷⁴.

En lo tocante al intermediario en el beneficio⁷⁵ debe distinguirse entre dos situaciones. Primera: el tercero actúa y presta su colaboración para poner a salvo las ganancias antes de la consumación —esto es, antes de que se cierre el pacto o la contraparte reciba la oferta correspondiente—. Segunda: el funcionario sólo actúa cuando el cohecho ya se ha consumado. Mientras que en el primer caso el aporte puede calificarse de complicidad, necesaria o no según los casos, en la segunda variante al estar el delito consumado está consumado, por lo que la solución en principio debería ser la atipicidad. Este problema debe ponerse sin embargo en conexión con la estructu-

⁷⁴ Vid. Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, op. cit., p. 23 s.

⁷⁵ *Logicamente para que exista un delito de cohecho y se pueda hablar propiamente de “intermediario en el beneficio” es necesario que el funcionario público le de traslado de la ganancia o ordene al particular “sobornante” que esta persona sea el destino de los fondos. Fuera de estos casos comienza una zona gris entre el tráfico de influencias, el cohecho, la financiación ilegal de partidos y, en algunos supuestos, la atipicidad. La casuística puede ser varia y no puede ser abordada con detenimiento en este lugar. He aquí algunos ejemplos para la reflexión: el sobornante pone como condición al agente público que el beneficiario ha de ser la Asociación X, vinculada a un partido; el funcionario se compromete a actuar, sabe que existe un beneficio para un tercero, pero no conoce todos los detalles del pacto, ni en concreto quien es éste; al agente un superior o un miembro del partido le indica simplemente que actúe en determinado sentido etc.*

ra temporal del delito de cohecho, en los casos en que existe un acuerdo y con su naturaleza de delito permanente. Desde esta perspectiva el problema es menos relevante de lo que parece, pues como es sabido en este tipo de delitos la posibilidad de participación pertenece abierta. En los casos graves de corrupción, de corrupción sistémica, que como se visto también pueden responder a la estructura del delito continuado, resultará frecuente que el intermediario en el beneficio se incorpore a la trama a partir de un determinado momento a partir del cual puede establecerse su participación. Igualmente la figura del intermediario en el beneficio no sólo puede ser captada por los delitos de cohecho, sino que además es preciso analizar su comportamiento a la luz de la figura del blanqueo de capitales. La aplicación de esta figura a las ganancias de la corrupción constituye un punto clave de la estrategia político criminal internacional y por tanto nuestro ordenamiento está obligado a configurar el delito de blanqueo de forma tal que permita su aplicación a los casos de corrupción.

11. Los Convenios internacionales en materia de corrupción inciden en dos aspectos que son comunes a la política criminal internacional: la responsabilidad de personas jurídicas y la utilización de sanciones como la confiscación y el comiso. En lo que concierne a la responsabilidad de las personas jurídicas las Convenios internacionales suelen operar con un criterio flexible y, siguiendo una técnica que nos es conocida ya en el ámbito de la UE, dejan en manos de los Estados miembros que elijan la naturaleza jurídica de la sanción⁷⁶. Pese a

⁷⁶ Vid. en este sentido el Rapport explicativ del Convenio del Consejo de Europa (Art. 18). En cuanto al sistema de imputación elegido, destaca el acercamiento del Convenio de Europa a los criterios manejados hasta ahora por la normativa Comunitaria (II Protocolo al Convenio para la Protección de los intereses financieros de la Comunidad y Convenio anticorrupción) en donde se establecen dos fundamentos de la responsabilidad: el vicarial y el derivado de un defecto de organización.

este margen de flexibilidad el derecho español incumple hasta la fecha estos compromisos⁷⁷, pues ni existen sanciones administrativas para sancionar la corrupción⁷⁸, ni el art. 129 del CP contempla los delitos de cohecho entre aquellos que pueden dar lugar a la imposición de consecuencias accesorias a personas jurídicas⁷⁹. Más eficaz, desde un punto de vista preventivo general, en este punto son las disposiciones previstas en el art. 20 de Ley de contratos del

⁷⁷ Expresamente evaluación del ordenamiento Español acerca de su adaptación al Convenio OCDE (Espagne. Examen de l'application de la convention et de la recommandation de 1997, p. 27 (<http://www.oecd.org/dataoecd/15/622389708.pdf>).

⁷⁸ Ni pueden existir, entre otras cosas porque no se alcanza a adivinar cuál habría de ser el órgano administrativo encargado de imponerlas. La utilización de sanciones administrativas contra las personas jurídicas no es una alternativa político criminal real a las sanciones penales (o si se prefiere, para ahorrar disputas, a las impuestas por un juez penal). La utilización de sanciones administrativas para sancionar a personas jurídicas en relación a la corrupción es una realidad en el ordenamiento alemán, pero esta alternativa debido a los orígenes y configuración de nuestro derecho sancionador administrativo (vinculado a la administración y no al juez penal) no es viable en nuestro sistema.

⁷⁹ En la actualidad el único delito relacionado con la corrupción que da lugar a la imposición de las medidas previstas en el art. 129 es el tráfico de influencias. Tras la aprobación de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código penal, que entrará en vigor el 1 de octubre de 2004, existen novedades significativas en este punto. De un lado, al art. 445 bis (corrupción de funcionarios públicos extranjeros) se le ha añadido un segundo párrafo en el que se declara la aplicación del art. 129. Con ello, se intenta salir al paso de las críticas recibidas por los evaluadores del Convenio OCDE. No obstante, se mantiene la irracionalidad valorativa de nuestro sistema, pues nada explica porque en el tráfico de influencias o el 445 bis es de aplicación el art. 129 y en los casos de corrupción nacional no. De otro lado, en el art. 31 del CP - actuación en lugar de otro - se ha incluido un segundo párrafo en el que se indica que en los casos en que ha sido necesaria la aplicación de las actuaciones en nombre de otro, considerando penalmente responsable al administrador, y el delito está sancionado con pena de multa, la persona jurídica puede ser hecha responsable directa y solidaria de la multa. Este apartado es, por varias razones, un auténtico disparate. Pero por lo aquí interesa baste decir que no es de aplicación a los delitos de corrupción, pues al no ser delitos especiales no es necesario aplicar la institución de las actuaciones en nombre de otro, primer requisito que pone el legislador para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a este artículo.

Estado⁸⁰, si bien también ha de reconocerse que su elusión no resulta tarea complicada.

Las Convenciones internacionales sobre corrupción extienden las medidas de confiscación –comiso– no sólo a la contraprestación económica que recibe el funcionario público, o los bienes en que estas se conviertan⁸¹, sino también, en el caso del Convenio OCDE a los beneficios que obtenga en su caso el particular. Como medio alternativo al comiso el Convenio OCDE propone expresamente la multa proporcional. La eficacia y la aplicación de estas previsiones debe contemplarse de forma separada diferenciando su aplicación en el caso del particular y en el del funcionario público. En relación al funcionario sobornado en el CP se establece conjuntamente la posibilidad de multa proporcional a la contraprestación que ha recibido o se le

⁸⁰ Art. 20. Prohibición de contratar: En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de falsedad, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, cohecho, malversación, tráfico de influencias, revelación de secretos, uso de información privilegiada, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores o por delitos relativos al mercado y a los consumidores. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas o en las que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo. Vid. al respecto, Moreno Molina, *Nuevo régimen de contratación administrativa*, Madrid, 2000, p. 129-131.

En la misma dirección político criminal, la Comisión Europea propone la “creación de listas negras”, con el fin de excluir a empresas que practiquen la corrupción o que provengan de la criminalidad organizada de la realización de contratos públicos, vid. Comunicación de la Comisión, op. cit., p. 17, así se refleja además en su propuesta de modificación de las directivas sobre contratación pública presentada en mayo del 2000. La ejecución de esta sanción en el ámbito comunitario implica lógicamente un sistema de cooperación entre las distintas administraciones (vid. art. 45 de la propuesta de directiva). Igualmente en Alemania es conocido el *Entwurf eines Gesetzes zur Einrichtung eines Register über unzuverlässige Unternehmens*, que presentado por el Gobierno fue rechazado por el Bundesrat el 17-7-92 y que cuenta con la oposición tanto de lobby de la construcción, como del CDU.

⁸¹ Art. 5 del II Protocolo, art. 3.2 Convenio OCDE, art. 19.3 del Convenio del Consejo de Europa y art. 30.6 de la Convención de Naciones Unidas.

ha prometido y el comiso de las dádiva o ventaja patrimonial recibida (art. 431)⁸². La eficacia preventivo-general de esta regulación en relación al funcionario está asegurada e incluso el carácter cumulativo de las medidas (multa proporcional + comiso) resulta sospechoso en relación al principio de *non bis in idem*⁸³. Más dudoso es que esta eficacia preventivo general se produzca en el empresario. De un lado, porque la cuantía de la dádiva como parámetro de la multa no tiene por qué guardar relación con las ganancias que puede obtener del cohecho. El soborno, sobre todo en grandes operaciones de corrupción internacional, puede ser irrisorio en relación a los beneficios. Por otro lado, pese a la previsión en este sentido del Convenio OCDE, no está claro que puedan ser objeto de comiso, por ejemplo, las ganancias que obtiene la empresa mediante los contratos administrativos que haya podido conseguir como consecuencia del soborno. Estos contratos son por regla general civilmente lícitos⁸⁴ y además resulta complicado entender que los beneficios derivados de los mismos son ganancias que directamente provienen del delito⁸⁵. Ante la ineficacia del comiso en lo referente a quién soborna resul-

⁸² Este precepto resulta innecesario en el CP actual en el que con carácter general en la pena de comiso (art. 127) se incluyen ya las ganancias. Sí que tenía utilidad en el antiguo código en el que el comiso se limitaba a los instrumentos y efectos del delito, vid. al respecto Gracia Martín, en Gracia Martín (coord), *Consecuencias Jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 1996, p. 441 ss.

⁸³ Sobre este problema Choclan Montalvo, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. 2001, p. 88.

⁸⁴ Sobre esta cuestión afirmando la validez del contrato posterior, vid. Kresci, *Privatrechtliche Aspekte des Schmiergeldphänomens*, en Brünner (hrsg.), *Korruption und Kontrolle*, Bohnen 1981, p. 561 s. y, recientemente Lüderssen, *Nützliche Aufwendungen" und strafrechtliche Untreue*, en Müller Dietz *Festschrift*, München, 2000, p. 470 ss, con ulteriores referencias.

⁸⁵ Aunque no aborda directamente esta cuestión, vid. al respecto de la conexión entre ganancia y delito, Choclan Montalvo, *El patrimonio criminal*, op. cit., p. 53-54.

ta de especial importancia la adopción de medidas de carácter civil como las propuestas en la Convención del Consejo de Europa⁸⁶ o el Pacto de integridad que promueve transparencia internacional⁸⁷, con el fin de que las empresas que utilizan la corrupción como estrategia comercial estén obligadas a la reparación del daño a las empresas competidoras que fueron postergadas en la contratación.

D) Criminalidad organizada y corrupción.

1. Como pone de manifiesto cualquier aproximación criminológica al fenómeno de la corrupción, cuando se cierra un pacto entre funcionarios y particulares, éste con el paso del tiempo se hace cada vez más firme y da lugar a sucesivas “colaboraciones”. Los contratos corruptos son contratos con costes de transacción, esto es, costes derivados de la realización del contrato o de su aseguramiento, extraordinariamente elevados. Por ello la corrupción suele contar con redes estables, con intermediarios más o menos conocidos, con una estructura organizada que hace que el mercado negro de compraventa de actuaciones públicas, que

⁸⁶ Convenio del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 de Derecho civil sobre corrupción, vid. el Rapport explicativ, en <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/174.htm>. En el Proyecto anticorrupción de Naciones Unidas estas medidas se contienen en el art. 36 (Medidas civiles contra la corrupción), una de las variantes que se maneja señala expresamente que cada Estado parte de conformidad con su derecho interno “podrá optar por cancelar, rescindir, anular o dejar sin efecto todo contrato que haya adjudicado o todo arreglo o beneficio que haya concedido como consecuencia directa de un acto de corrupción”.

⁸⁷ Cfr. Wiehen, Der Integritätspakt von Transparency International. Das Konzept und seine Anwendungen, en http://transparency.de/html/Integritaetspakt/IPKonzept_11_01.html. La Convención de Naciones Unidas es en este punto innovadora. Su art. 34 incita a los Estados a que tomen las medidas pertinentes para anular los contratos derivados de pactos corruptos. En el art. 35 obliga a los Estados miembros para que los perjudicados por la corrupción sean indemnizados.

en realidad representa la corrupción, funcione. La corrupción es por tanto y *per se* una delincuencia económica organizada, y ello con independencia de si la delincuencia organizada en cuanto tal toma parte en el mercado corrupto, lo que puede ocurrir con distinta intensidad según los países⁸⁸. En esta situación no es extraño que se haya propuesto aplicar en este sector medios conocidos en el marco de la criminalidad organizada cuya finalidad última reside en facilitar la prueba⁸⁹. Esta línea se evidencia en el marco de la UE⁹⁰ y del Convenio del Consejo de Europa, cuyo art. 22 pretende trasladar a la corrupción la institución de los testigos protegidos y, sobre todo, a través de su art. 23 habla de la creación de “*mesures visant à faciliter la collecte des preuves*”, lo que evidentemente debe ponerse en conexión con la utilización de técnicas de investigación como el uso de agentes infiltrados, la interceptación de las comunicaciones etc.⁹¹

⁸⁸ En este sentido mientras que en Italia es conocida la presencia de la delincuencia organizada “tradicional” (mafia etc.), en otros países de la UE como Alemania no se ha detectado esta presencia (vid. de un lado Alfonso, *Riciclaggio e corruzione*, op. cit., passim y de otro Bannenberg, *Korruption in Deutschland*, op. cit., p. 111 ss; para el caso español *Evaluación sobre la corrupción en España* (GRECO), op. cit., p. 31, donde se afirma que no se han podido detectar conexiones. También para la Comisión existen estrechas relaciones entre corrupción y criminalidad organizada, hasta el punto de señalar que el 30% de los recursos que maneja la criminalidad organizada se destina a la corrupción; vid. *Comunicación de la Comisión*, op. cit., p. 13.

Acerca del del concepto de criminalidad organizada económica (*organisierte Wirtschaftskriminalität*) vid. con referencias Bannenberg, *Korruption in Deutschland*, op. cit., p. 331 s e igualmente el trabajo de Foffani, *Criminalidad organizada y criminalidad económica*, Revista Penal, 2001, n° 7, p. 55 ss.

⁸⁹ Para una descripción de este tipo de medidas vid. Militello, *Towards a European criminal law against organised crime*, Ed iuscrim.Freiburg i. B., 2001.

⁹⁰ Vid. *Comunicación de la comisión*, op. cit, p. 12 s. quien aboga por la utilización sobre todo de la figura del testigo protegido y del favorecimiento de la delación.

⁹¹ Vid. *Convention pénale sur la corruption*, Rapport explicatif, Conseil de l'Europe, Art. 23.

2. La legislación española no ha extendido estas medidas de investigación especiales a la corrupción⁹². Así por ejemplo en el art.282 bis 4, donde se regula la utilización de “agentes infiltrados” en el marco de organizaciones criminales, no menciona los delitos contra la Administración pública. Lo cual resulta criticable en cuanto que sí que están incluidos delitos de características criminológicas similares, como los socioeconómicos, y en los que además el estado de necesidad probatorio no tiene por qué ser tan agudo. Por otro lado, en la LECr instituciones como la *protección de testigos*⁹³ o la interceptación de las telecomunicaciones no se restringen a un determinado grupo de delitos. En el primer caso lo importante es que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, la libertad o los bienes del testigo que solicita el amparo o de terceros con

⁹² De este modo los asuntos de corrupción sólo son objeto de estas medidas cuando están relacionados con el tráfico de drogas o la criminalidad organizada, vid. por ejemplo el asunto del que se ocupa la STS de 12-06-2002, ED 2002/26724. Acerca de las medidas procesales contra la criminalidad organizada vid. los trabajos de Rodríguez Fernández, *El agente encubierto y la entrega vigilada* y Queralt Jimenez, *Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la criminalidad organizada: LO 5/1999 de 14 de enero*, en *Criminalidad Organizada, Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en Bucarest, 1999*.

⁹³ En el ámbito de la corrupción tienen especial importancia las medidas de protección de los denominados *Whistleblower* (“soplones”), esto es de aquellos trabajadores – o funcionarios públicos - que deciden delatar las prácticas corruptas que están llevando a cabo sus superiores. Se trata de una protección no sólo contra violencias, amenazas sino singularmente contra medidas como el despido, la indemnización por daños etc. El análisis de esta figura y su significado político criminal, que en los USA ha tomado gran importancia tras el caso Enron y la *Sarbanes Oxley Act*, desborda las posibilidades de este trabajo. Vid. al respecto de su origen Glazer/Glazer, *The Whistleblowers: exposing corruption in government and industry*, 1989. A medidas específicas para la protección de estos testigos hace referencia el Art. 9 (*Protection des employés*) del Convenio del Consejo de Europa (*Convention civile sur la corruption*). En nuestro país la reciente sentencia del TC d 126/20003, de 30 de junio, ha desestimado el recurso de amparo interpuesto por un trabajador despedido por hacer publicar irregularidades de la empresa, por lo que es preciso a mi juicio la intervención del legislador con el fin de generar un marco jurídico protector de los delatores dentro de la empresa o administración.

lo que tiene una especial relación⁹⁴. En lo referente a la interceptación de las telecomunicaciones aunque la adopción de la medida requiere de un procedimiento por delito grave (principio de proporcionalidad), la jurisprudencia no interpreta este término en el sentido del art. 33 del CP⁹⁵, sino que mantiene que para la consideración de grave puede tenerse en cuenta la trascendencia social del delito, lo que legitimaría especialmente la interceptación de las comunicaciones en el caso de los “delitos cometidos por los funcionarios o que afecten al “buen funcionamiento de la administración del Estado”⁹⁶.

3. La intervención del derecho penal y la amenaza de sanción a ambas partes del pacto sirve para reforzar el pacto de silencio que se establece entorno al pacto corrupto. La “delación del pacto”, realizada por cualquier parte, supone la denuncia de la propia conducta. El derecho penal es así un buen guardián del *pacta sunt servanda* en el mercado negro de la corrupción, sobre todo allí cuando su intervención es simétrica y se sancionan de igual modo a ambas partes. Por esta razón, y como ya se ha analizado, en nuestro ordenamiento el legislador ha creado algunas asimetrías (art. 423.2) o cláusulas de exoneración como la prevista en el art. 427. Ahora bien, pese a que fomentar la denuncia de aquellos que están implicados como autores o cómplices puede resultar una “amarga necesidad” justificada por razones pragmáticas, lo cierto es que la prueba testifical de estos delato-

⁹⁴ Cfr. Moreno Catena, en Gimeno Sendra/Moreno Catena/Cortés Domínguez, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Colex, 2001, p. 381 ss.

⁹⁵ Lo que llevaría a la práctica imposibilidad de utilizar este método de investigación, pues con la excepción del art. 419 y 320, los delitos de cohecho no son delitos graves de acuerdo con la pena que tienen asignada.

⁹⁶ Cfr. Moreno Catena, *Lecciones*, op. cit., p. 240, con ulteriores referencias jurisprudenciales.

res está revestida de fuertes sospechas. Tanto el TS como el TC han ido construyendo, en este sentido, una doctrina jurisprudencial en la que se establecen numerosas cautelas en orden a la valoración de las declaraciones de coimputados, en la que se exige en cualquier caso la necesidad de elementos probatorios adicionales (entre otras muchas, realizando un resumen de la evolución jurisprudencial STS de 11-11-2002, RTC 2002/207). Aunque técnicamente la declaración de un particular, tras acogerse a lo estipulado en el art. 427, no es un supuesto idéntico a las declaraciones de coimputados o arrepentidos, lo cierto es que esta doctrina debe resultar de aplicación. Pues el ánimo de autoexculpación resulta semejante e igual cabría decir en relación a la declaración del particular (impune) en los supuestos de cohecho impropio.

E) Proceso penal y corrupción.

1. Tal como pone de manifiesto el Convenio del Consejo de Europa (art. 20) una represión eficaz de la corrupción hace necesario que los Estados adopten las medidas necesarias para la especialización de personas y órganos en este ámbito. Esta especialización tiene un doble objetivo: incrementar la competencia técnica de estas personas, pero también la independencia y la autonomía necesaria para ejercer correctamente su labor sin que existan interferencias por parte del poder político⁹⁷. El art. 5 del Convenio OCDE, aunque no menciona expresamente la creación de instancias especializadas, recalca la obligación de que en la investigación y la persecución de la corrupción de agentes públicos extranjeros “no influirán consideraciones de interés económico nacional, el posible efecto de las relaciones con otro Estado o la identidad de las personas físicas o jurídicas implicadas”. E igualmente

⁹⁷ Rapport explicativ, op cit. Art. 20.

la Comisión Europea señala que las autoridades y funcionarios encargados de prevenir e investigar la corrupción “deben de disfrutar del oportuno grado de independencia, autonomía y protección en el ejercicio de sus funciones” y, además de contar con los medios apropiados, “no estar sometidos a influencias nocivas”⁹⁸. En el “mundo mundial” el Proyecto revisado de convención de las Naciones Unidas contra la corrupción establece (art. 5 bis, Órganos de lucha contra la corrupción y ahora art. 36 de la Convención.) la necesidad de crear órganos especializados e independientes en la lucha contra la corrupción, la elaboración de programas preventivos y su supervisión y, de forma aún más tajante en su art. 39 obliga a los Estados partes a adoptar las medidas necesarias para garantizar que determinadas personas o entidades se especialicen en la lucha contra la corrupción y que además están tengan la independencia necesaria para desempeñar sus funciones con eficacia y presiones indebidas. En suma: la creación de órganos especializado independientes es uno de los pilares de la política criminal anticorrupción. Las recientes manifestaciones del Fiscal General del Estado pidiendo su supresión resultan por ello inexplicables⁹⁹.

2. En el derecho español la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de abril estableció la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción, que constituye una unidad especial dentro del Ministerio Fiscal, cuya

⁹⁸ Comunicación de la Comisión, op. cit , p. 13.

⁹⁹ Vid. las declaraciones del Sr. Cardenal favorables a la supresión de la fiscalía anticorrupción en <http://www.elmundo.es/elmundo/2003/07/09/espana/12057775237.html>. Igualmente el propósito del FGE contradice abiertamente las recomendaciones que el grupo GRECO hace al Gobierno español (Evaluación sobre la corrupción en España, op. cit., p. 54) que consisten precisamente en dotar de independencia y de mayores medios a la Fiscalía Anticorrupción.

finalidad, como es sabido, radica en intervenir en delitos económicos (vgr. fraudes contra la Unión Europea) y delitos relacionados con la corrupción (cohecho, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos, fraudes y exacciones ilegales...) de “especial trascendencia”¹⁰⁰. La creación de esta Fiscalía fue probablemente la reforma estelar en materia de corrupción que se emprendieron en la última legislatura del gobierno del PSOE (1993-1996). Más que estudiar con detenimiento su funcionamiento¹⁰¹, resulta interesante evaluar su grado de independencia del poder político¹⁰². Para ello debe tenerse en cuenta en primer lugar la estructura jerárquica del MF español y que en su cúspide se sitúa el Fiscal General del Estado (FGE) quien se nombra a propuesta del

¹⁰⁰ Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/1996, de 15 de enero, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia n. 1790, suplemento, de 1 de febrero de 1996)

¹⁰¹ Gutierrez Zarza, *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, 2000, e igualmente la Instrucción citada en la nota anterior.

¹⁰² En los últimos tiempos han existido dos grandes confrontaciones entre la Fiscalía General del Estado y a la Fiscalía Anticorrupción que han tenido una amplia resonancia social y política. De este modo resulta significativa la oposición del Fiscal General del Estado a que la Fiscalía Anticorrupción denunciara las prácticas abusivas de Repsol, antigua empresa de titularidad pública sobre la que el Estado sigue teniendo el control. Mayor repercusión pública ha tenido el enfrentamiento entre el Fiscal General y el Fiscal Anticorrupción en relación al “caso Alierta”, en el cual el Fiscal General ordenó a la Fiscalía Anticorrupción que no recurriera la decisión judicial que archivaba el procedimiento incoado contra el presidente de Telefónica –empresa privatizada en la que el Estado detenta la parte de capital que le permite su control– por utilización de información privilegiada. Estas confrontaciones entre los distintos órganos del Ministerio Fiscal han sido objeto de interpretaciones parlamentarias por parte de la oposición en las que se manifiesta la sospecha de que el actual gobierno del Partido Popular utiliza la relación jerárquica existente entre el Fiscal General y la Fiscalía Anticorrupción con el fin de proteger a “amigos”. Estos casos ponen de manifiesto que a través de la instrumentalización de la Fiscalía puede pretenderse no sólo con el fin de utilizarla contra “enemigos políticos”, peligro que originariamente se percibía como el más grave, sino en sentido inverso. El último episodio de este enfrentamiento lo constituye el cese del Fiscal Anticorrupción, merced a una reforma del Estatuto del Ministerio fiscal que aunque lógicamente tiene carácter general, existen fundadas sospechas de que en realidad se ha elaborado con la intención de sustituir al Fiscal Anticorrupción.

Gobierno. Por otro lado, el Gobierno puede además solicitar determinadas actuaciones al Fiscal General del Estado, si bien éste es el que en última instancia decide su viabilidad o procedencia. La relación jerárquica entre el Fiscal General del Estado y el Fiscal Anticorrupción y las relaciones de aquel con el Gobierno constituye el conducto a través del cual pueden introducirse intereses políticos en el enjuiciamiento de estos delitos. A esta relación de jerarquía, se suma la ambigüedad con que se describen las competencias de la Fiscalía Anticorrupción (art. 18 ter del Estatuto Orgánico del Ministerio fiscal). La actuación de este órgano especial depende, como antes se indicaba de dos factores. Uno de carácter objetivo, la existencia de alguno de los delitos indicados en el precepto aludido, y otro de carácter altamente valorativo, la “especial trascendencia del caso”, que debe ser valorada por el Fiscal General del Estado. La excesiva presencia del FGE en las actuaciones cotidianas de la Fiscalía Anticorrupción constituye el mayor “defecto de fábrica” en la configuración de este órgano especializado.

Este problema se ha intentado paliar a través de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/1996 en la que se acota con mayor precisión su ámbito competencia, con el fin de posibilitar un margen de actuación autónomo, no supeeditado a la venia del FGE. En cualquier caso esta Instrucción no excluye la posibilidad de intervención del Fiscal General del Estado para atribuir un procedimiento o extraerlo del ámbito de sus competencias o incluso para dar “luz verde” a una determinada actuación. De acuerdo con esta Instrucción el criterio principal para determinar la “especial trascendencia” de un asunto en materia de corrupción radicaría en el carácter de alto cargo de alguna de las personas implicadas en el delito. Esto no impide, sin embargo, que el FGE pueda considerar que dada la escasa importancia o complejidad de los hechos el caso carece de trascendencia y viceversa también

resulta posible la apreciación de especial trascendencia en un asunto en donde no se vea implicado un alto cargo si “la complejidad de los hechos, su trascendencia económica y la alarma social generada por los mismos así lo aconseje”.

3. El remedio tradicional que en el ordenamiento español se ha adoptado contra esta estructura jerárquica del MF es un diseño de la acusación popular en términos tan generosos que resultan sorprendentes desde el punto de vista del derecho comparado. En efecto, como es conocido en el ordenamiento español existe la posibilidad de acusación popular (Art. 125 Constitución, Art. 101 Ley Enjuiciamiento Criminal) en virtud de la cual cualquier ciudadano puede mostrarse parte activa en los delitos perseguibles de oficio (“delitos públicos”). Este acusador popular puede intervenir durante todo el procedimiento, desde la fase de investigación hasta el juicio oral, pudiendo impugnar aquellas resoluciones judiciales desfavorables a lo propugnado por él, con una paleta de derechos procesales semejante a la del MF o la víctima¹⁰³. Al socaire de esta figura, en los procesos de corrupción más notorios algunas asociaciones de ciudadanos y otros nuevos “empresarios morales” han ejercido la acción popular en los procesos de corrupción más conocidos. Esta institución responde en sus orígenes a una sospecha contra el Ministerio Fiscal y puede ciertamente servir para remediar su falta de actividad debido a interferencias políticas. No obstante, debe tenerse presente la complejidad y sofisticación de la corrupción moderna, donde es casi impensable que ciudadanos sin los medios necesarios puedan impulsar eficazmente un proceso penal. Por otro lado la acusación popular además de ser utilizada por asociaciones de dudosa reputación cívica, ha sido instrumentalizada como arma políti-

¹⁰³ Cfr. Moreno Catena/Gimeno Sendra, *Lecciones*, op. cit., p. 31 s., 124.

ca. En los procesos de corrupción contra los miembros de un determinado partido es frecuente ver a sus rivales políticos ejerciendo la acción popular, lo que contribuye a un fenómeno nada deseable como es el de la judicialización de la política¹⁰⁴.

III. ASPECTOS INTERNACIONALES DEL DERECHO PENAL RELATIVO A LA CORRUPCIÓN

El derecho penal anticorrupción estatal ha sido tradicionalmente un derecho penal insolidario, en el sentido de que únicamente le importaba la represión de la corrupción de sus propios funcionarios y la imparcialidad o buena fama de su propia administración. El que las empresas “patrias” utilizaran los sobornos en otras latitudes, sobre todo si se trataba de países del tercer mundo, era contemplado como un mal necesario e incluso premiado fiscalmente. En este sentido sería incluso oportuno investigar en qué medida los funcionarios de la administración exterior del Estado no actuaron de muñidores en el pago de sobornos. Uno de los puntos clave de la política criminal internacional es precisamente la extensión de los tipos de corrupción a funcionarios de otros países miembros e igualmente a funcionarios de organizaciones internacionales. En el derecho español los pasos que se han dado en este sentido son muy escasos¹⁰⁵. De un lado, no se ha

¹⁰⁴ Acerca de la acusación popular y con referencia a estos problemas vid. la monografía de Perez Gil, *La acusación popular*, Granada, 1998.

¹⁰⁵ En claro contraste con lo que ha ocurrido en Francia, Ley nº 2000-595 de 30 de junio del 2000, que ha introducido los art. 435-1 ss., o Alemania, mediante la Ley para la lucha contra la corrupción internacional (IntBestG) de 10 de septiembre de 1998 y la ley mediante la que se adapta el I Protocolo al Convenio relativo a los intereses financieros, (EU-Bestechungsgesetz-EUBestG) de 10 de septiembre de 1998.

firmado el Convenio del Consejo de Europa, con lo que entre otras cosas se ha evadido la obligación, contenida en los artículos 5, 8, 9 en los que se establece respectivamente la sanción la corrupción de funcionarios de otros Estados, de organismos internacionales y de miembros de asambleas legislativas internacionales¹⁰⁶. Es cierto, que en parte el Convenio OCDE puede servir para paliar esa laguna, en cuanto que sirve para la sanción de funcionarios de países y organismos internacionales, aun cuando estos Estados o las organizaciones internacionales que han creado no sean parte del convenio. No obstante no debe olvidarse que el Convenio OCDE solo sanciona la corrupción ligada a la obtención de contratos u otros beneficios económicos irregulares, con lo cual por ejemplo no es de aplicación al soborno de un juez para que sobresea irregularmente un procedimiento. Es más, el Convenio OCDE ha sido incorporado tan negligentemente a nuestro sistema que dudo que tenga relevancia práctica alguna (A). Pero lo más sorprendente de la política criminal del gobierno español en este punto, es que tampoco ha dado paso alguno para adaptar nuestro ordenamientos a los Convenios de la UE en materia de corrupción pública, en concreto el primer protocolo al Convenio relativo a los intereses financieros, que está en vigor desde el 17 de octubre del 2002 y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en el que esté implicados funcionarios comunitarios y nacionales, aún en fase de ratificación (B)¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Estas obligaciones obviamente también están presente en el Proyecto revisado de convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. El Convenio del Consejo de Europa ha sido completado el 15-5-2003 con un protocolo adicional, mediante el que se requiere la sanción de la corrupción de arbitros y miembros de jurados. El Protocolo, al igual que el Convenio no sólo persigue la corrupción de arbitros y jurados nacionales, sino que se incrimine también la corrupción de ábitros y jurados de otros Estados miembros.

¹⁰⁷ El Convenio anticorrupción fue ratificado el 30 de noviembre de 1999.

A) **Corrupción en las relaciones comerciales internacionales¹⁰⁸.**

1. La LO 3/2000 de adaptación del Convenio OCDE de corrupción en las transacciones comerciales internacionales introdujo en el CP el art. 445 bis, su ubicación, separada de la de los delitos de cohecho internos, ha servido a la doctrina para destacar que el interés protegido no se encuentra en la salvaguarda de la objetividad de la administración pública extranjera, sino que en primer plano se sitúa la protección de intereses de orden socioeconómico, como especialmente la competencia¹⁰⁹. A la vista de esta autonomía resulta sorprendente que el legislador haya decidido establecer la sanción de estas conductas mediante una remisión a penalidad que tienen los comportamientos de cohecho propio activo del art. 423 “en sus respectivos casos”. Esta remisión, sumada a la que a su vez hace el art. 423 del CP a los delitos de cohecho propio pasivo (art. 420/421/422) para determinar la pena, provoca que el delito de corrupción en las transacciones internacionales se acabe conformando conforme a la compleja estructura del cohecho propio español¹¹⁰. De este modo el cohecho en las relaciones internacionales requiere en el ordenamiento español no solo la existencia del ofrecimiento, entrega o promesa de una ventaja indebida a un funcionario público extranjero a cambio de que este realice un acto que represente un benefi-

¹⁰⁸ Al respecto y para mayores detalles, Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, passim, con ulteriores referencias bibliográficas.

¹⁰⁹ Con indicaciones además a la tramitación parlamentaria, vid. De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, *Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Rev. cienc. Penales, vol 4, 2001-2002, p. 11.

¹¹⁰ Vid. las críticas que en este sentido se hacen a la aplicación del Convenio en el primer informe de evaluación, España, *Examen de l'application de la convention et de la recommandation de 1997*, p. 2.

cio irregular para quien entrega el soborno o un tercero, sino que además –y este es el elemento que colateralmente que se ha incorporado mediante la remisión a la pena– es preciso demostrar que el acto (acción u omisión) es al menos contrario al ordenamiento jurídico del país extranjero.

2. Esta complejidad obliga a una meticulosa y casi hercúlea labor probatoria, que si ya en el cohecho interno resulta difícil lo es mucho más cuando las pruebas se encuentren fuera de nuestro territorio y haya que acudir constantemente a la cooperación judicial. Lógicamente cuando no sea posible probar los elementos típicos de los tipos más graves, los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* deberán conducir a aplicar la opción punitiva de menor gravedad (445 bis, en relación con 423.2). Lo que llevará no sólo a penas escasamente disuasivas, en contra de lo indicado en el art. 3 del Convenio OCDE, sino también a que tampoco sean de aplicación delitos como el blanqueo de capitales (Art. 301)¹¹¹ a los supuestos de corrupción internacional (art. 7 del Convenio)¹¹². Esta baja penalidad acarrea también importantes consecuencias en lo tocante a la extradición (art. 10 del Convenio OCDE), a la cooperación judicial (art. 9 del Convenio OCDE), pues la extradición sólo es posible en el ordenamiento español cuando las penas son superiores al

¹¹¹ El delito de blanqueo de capitales es de aplicación únicamente a las ganancias delictivas que tienen su origen en un “delito grave” (art. 33 CP) lo que supone por ejemplo que la pena de prisión debe ser superior a tres años. En los casos en que el art. 445 bis se aplique en su modalidad más benigna, la pena no será superior al año. La LO 15/2003 de modificación del Código penal ha modificado el art. 302 del C.P., en el sentido de que será de aplicación el blanqueo de capitales a las ganancias provenientes de cualquier delito, independientemente de su pena.

¹¹² No obstante, en este punto no puede apreciarse una violación de las obligaciones del Convenio OCDE, en cuanto que el art. 7 de este texto al establecer el blanqueo de capitales ha optado por el principio de asimilación. Sobre este punto vid. *Examen de l'application*, p. 17.

año, e igualmente en relación al cómputo de los plazos de prescripción, que será normalmente el de 3 años (art. 131 CP)¹¹³. En suma, el sistema de incriminación del cohecho propio, ya criticable en la esfera interna, lo es mucho más en relación al delito de corrupción en las relaciones comerciales internacionales.

3. Es más que dudoso además que este sistema de tipificación se acomode a las exigencias del Convenio, en el que se pone especial énfasis en que la infracción de las obligaciones del funcionario en caso de constituir elemento típico, no debe exigir “la prueba del derecho del país de ese agente determinado”¹¹⁴. La redacción del art. 445 bis, como consecuencia del sistema de remisión instaurado, requiere necesariamente probar que – al menos - el comportamiento ofertado, solicitado o realizado por el funcionario público es “ilegal”. Ello obligará a tener que manejar el ordenamiento extranjero, el del funcionario público, a la hora de comprobar la existencia de delito. Igualmente resulta dudosa la inclusión dentro de las conductas típicas la corrupción en relación a actos discrecionales o políticos, pues según se visto no es segura, o solo lo es en muy restringidos límites, en el marco del cohecho propio interno¹¹⁵. Fuera del tipo queda también el cohecho activo en relación a conductas de tráfico de influencias realizadas por funcionarios públicos que también pretenden ser abarcadas por el Convenio¹¹⁶ y aquellos supuestos en que se abonan ventajas indebidas –por caudiosas que

¹¹³ Cfr. *Examen de l'application*, op. cit., p. 16 y 28.

¹¹⁴ Cfr. *Comentarios*, op. cit., p. 2.

¹¹⁵ Cfr. *Examen de l'application*, op. cit., p. 26. 28.

¹¹⁶ Cfr *Comentarios*, op. cit. p. 10, p. 18.

estas sean— en atención al cargo o para la consecución de actos conformes a derecho¹¹⁷.

En suma: La Ley 3/2000 ha fracasado estrepitosamente en su cometido, por lo que no puede decirse que el ordenamiento español se adapte a las exigencias del Convenio OCDE¹¹⁸.

B) La adaptación de las iniciativas comunitarias.

1. La preocupación de la UE en la erradicación de la corrupción surge vinculada a la protección de los intereses financieros, al constatar la frecuencia de la colusión de funcionarios públicos nacionales y comunitarios con los agentes económicos autores del fraude. La primera iniciativa de la UE en este terreno es el denominado Primer protocolo al Convenio de protección de los intereses financieros que obliga a los Estados miembros a sancionar el cohecho pasivo y activo de funcionarios comunitarios, nacionales cuando cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de la UE¹¹⁹. El segundo Protocolo obligaría a los Estados miembros en lo tocante a la corrupción que afecte a los intereses financieros de la Comunidad a sancionar el blanqueo de capitales de fondos procedentes de la corrupción, a sancionar a

¹¹⁷ También crítico con la regulación española De la Cuesta Arzamendi/ Blanco Cordero, *Los nuevos delitos de corrupción*, op. cit., p. 22. Estos autores, de acuerdo con la interpretación propuesta por Cerezo Domínguez (*La adaptación del sistema jurídico penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa*, AP nº 21, 2002, p. 462) proponen para incluir los casos de cohecho impropio entender que también el 445 bis se remite al 425. A mi juicio, esta interpretación resulta complicada desde el punto de vista del principio de legalidad. El 445 bis se remite claramente al 423 y este a su vez lo hace exclusivamente al cohecho propio. Esta interpretación implica además la invención de una pena por parte del juez pues en el art. 425 no se fija ninguna pena para los particulares.

¹¹⁸ Cfr. *Examen de l'application* p. 5 y 6.

¹¹⁹ DOCE C 313, de 23-10-96, p. 2.

las personas jurídicas y de la confiscación de los “medios y los productos de... la corrupción activa y pasiva”¹²⁰. Estas primeras iniciativas se completan posteriormente con el Convenio relativo a la Lucha contra Actos de Corrupción en los que esté implicado Funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de 1997 que tiene como objetivo sancionar tanto el cohecho activo como el pasivo de forma genérica. A este Convenio ha de sumársele la creación de la OLAF a raíz de la crisis de la Comisión europea acaecida durante la aprobación de la gestión del presupuesto de 1998. A diferencia de su antecesora la UCLAF este nuevo organismo se diseña no sólo para investigar casos de fraude externo, sino que opera como instrumento de inspección destinado a descubrir los comportamientos de corrupción realizados por los propios funcionarios de la UE. La OLAF investiga, por ello, la corrupción interna y lo hace además de forma global, esto en casos que van más allá de la protección de los intereses financieros¹²¹.

El impulso legislativo del cual proceden este conjunto de iniciativas obedece a tres fuerzas distintas. De un lado, es el

¹²⁰ DOCE C 221, de 19-7-1997, p. 12. En la actualidad existe una propuesta de directiva de la Comisión (última modificación de 16 de octubre del 2002, COM (2002) 577 final), que pretende trasladar al primer pilar los delitos y sanciones previstos en el Convenio para la Protección de los intereses financieros y los protocolos adjuntos y que tiene como trasfondo el paso lento de los estados miembros a la hora de ratificar estos instrumentos, al respecto Arroyo Zapatero/Nieto Martín, *El fraude de subvenciones en la UE y en el CP*, en Derecho Penal Económico, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de formación continuada 14, 2002, p. 276 ss.

De hecho según la *Estrategia del Milenio sobre la prevención y control de la delincuencia organizada de 27 de marzo del 2000*, documento que surge del consejo de Tampere, los protocolos y el Convenio anticorrupción de la UE debían haber sido ratificados y entrado en vigor a finales del 2001.

¹²¹ La OLAF fue creada por Decisión de la Comisión, de 28 de abril de 1999, DOCE L 136, de 31-05-1999. Sobre la creación de la OLAF y sus funciones, vid. Arroyo Zapatero/Nieto Martín, *El fraude de subvenciones*, op. cit., p. 270 ss.

mismo que ha promovido toda la legislación comunitaria anti-fraude, de otro, se trata de una suerte de efecto reflejo de la política criminal internacional de organizaciones como el Consejo de Europa o la OCDE. Pues, como en otros ámbitos, la política criminal comunitaria no es en este punto original, sino que pretende coadyuvar a la puesta en marcha de propuestas internacionales, haciéndolas realidad en un marco regional y adoptando instrumentos complementarios, más incisivos, que en teoría deben resultar más fáciles de llevar a cabo en un marco como el de la UE¹²². Finalmente, no debe tampoco desconocerse que en un primer momento la corrupción aparece como parte integrante de la lucha contra la criminalidad organizada. Al socaire de los documentos comunitarios sobre este tema se va generando la política anticorrupción, que sólo en una segunda fase se independiza y cobra autonomía en relación a la protección de intereses financieros y la criminalidad organizada¹²³.

2. Desde el punto de vista de los Estados miembros que es lo que interesa en este lugar, a diferencia de lo que ha ocurrido en Francia o Alemania¹²⁴, el Gobierno español, como antes señalaba, no ha llevado a cabo iniciativa alguna con el fin acomodarse a las disposiciones del I Protocolo y del Convenio anticorrupción. Las iniciativas legislativas que

¹²² Vid. *Comunicación de la Comisión*, op. cit., p. 5 y passim, para analizar el pasado y el futuro de la política criminal comunitaria anticorrupción. El compromiso de los países de la UE en la prevención y sanción de la corrupción es bastante débil. No sólo el Convenio anticorrupción de la UE no ha alcanzado aún las ratificaciones necesarias. Sólo cuatro Estados miembros han ratificado el Convenio penal del Consejo de Europa y sólo dos el civil.

¹²³ En este sentido Huber, *Introduzione*, en Foffani/Acquaroli, *La corruzione tra privati*, Milano, 2003, p. 33.

¹²⁴ Vid. supra not. 108.

deben acometerse son las siguientes. En primer lugar, la asimilación de los funcionarios comunitarios y los de otros Estados miembros a los funcionarios españoles, en los términos descritos por el protocolo¹²⁵. Como es conocido, en este punto se ha optado por incluir una definición autónoma de funcionario público comunitario y respetar las definiciones existentes en cada Estado respecto a sus propios funcionarios, de tal forma que, por ejemplo, el soborno por parte de un ciudadano español a un funcionario alemán en territorio español, sólo sería delito si éste último lo es conforme a su derecho. Esta opción puede plantear problemas con el principio de doble incriminación, cuando el hecho se cometa fuera del territorio español y el funcionario sobornado no pueda ser considerado funcionario a los efectos del derecho español o a los efectos del país en el que se han cometido los hechos. Para solventar estos casos tanto el Convenio como el protocolo indican, con el fin de respetar este principio, que el Estado miembro en el que se incoen las diligencias judiciales

¹²⁵ En la actualidad y desde un punto de vista estrictamente jurídico esta obligación únicamente existe en relación al primer protocolo (Corrupción en perjuicio de los intereses financieros). No obstante, por razones de economía legislativa convendría proceder a esta asimilación de forma genérica en relación a todos los delitos de cohecho con lo que se cumplirían ya las disposiciones del Convenio anticorrupción. Así ha hecho por ejemplo el legislador alemán que al transponer el I Protocolo no ha restringido la sanción de la corrupción a los supuestos de peligro o lesión para los intereses financieros (vid. Zieschang, *Das EU.Bestechungsgesetz und das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung*, NJW 1999, p. 106). Es más, si el gobierno tiene pensado ratificar el Convenio del Consejo de Europa, no tendría sentido una asimilación *ad hoc* para funcionarios comunitarios y de países miembros. Lo apropiado sería una asimilación, en el marco de este tratado más global, de los agentes públicos extranjeros y de organizaciones internacionales. En realidad, y a mi juicio, un tipo penal específico destinado a sancionar el cohecho en relación con los intereses financieros de la Comunidad carece de sentido, vid. Nieto Martín, *Malversación de caudales públicos y fraude de subvenciones*, en Ferré Olivé et al., *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, Salamanca, 2002, p.141 ss. Para más detalles acerca de cómo ha de llevarse a cabo la asimilación vid. el *Informe explicativo del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción*, op. cit., p. 15.

“sólo estará obligado a aplicar la definición de funcionario nacional en la medida en que sea compatible con su derecho nacional”.

En relación a la definición de funcionario público comunitario cabe señalar que tanto el primer Protocolo como el Convenio anticorrupción (en ambos, art. 1.b) adolecen de cierta indeterminación a la hora de determinar éste concepto en los casos problemáticos: la participación de agentes privados en funciones públicas y la actuación de la administración bajo formas del derecho privado. Este problema se intenta solventar señalando que se considera funcionario comunitario “a toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas...por cualquier organismo privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades Europeas”¹²⁶. Pese a que el pasaje no es demasiado claro, pueden apreciarse en él los dos elementos esenciales del concepto de funcionario público. El elemento orgánico, la integración en la estructura de la administración, se contiene al exigir la “puesta a disposición”, mientras que el funcional se aborda desde la idea de equivalencia en las funciones. No obstante, la expresión “puesta a disposición” como descripción del vínculo orgánico no capta correctamente los supuestos de “privatización” del servicio en los que más que una “puesta a disposición” lo que hay es un “encargo” a un ente privado –ya sea auténtica-

¹²⁶ Resulta sorprendente que en el *Informe explicativo*, op. cit., no se haga referencia alguna a este párrafo y que en el comentario del art. 1 (p. 2 ss) se contente con solucionar los casos fáciles. Recientemente la Comisión, en su *Comunicación*, op. cit., p. 20, señala sin embargo como una de sus prioridades “luchar contra la corrupción de entidades de especial naturaleza, a caballo entre el sector público y el privado”. La frase entrecomillada no aborda ciertamente el otro gran problema de “frontera” del concepto de funcionario que es el de las empresas privatizadas. Pero esto resulta lógico pues la UE no tiene ningún sector público que privatizar. Se trata por tanto de un problema exclusivamente nacional.

mente privado o creado por la administración— para que preste el servicio¹²⁷.

La adaptación de las disposiciones del primer Protocolo (Art. 6) y del Convenio (art. 7) en las que se establece el ámbito competencial no resulta especialmente compleja. Los Estados deben establecer su competencia en atención: a) del principio de territorialidad (ejemplo: el ordenamiento español resulta competente para sancionar el soborno de un funcionario Portugués en España por parte de un ciudadano danés, que soborno resulta punible), b) el principio de personalidad activa (ejemplo: competencia para enjuiciar la solicitud de soborno que un funcionario español realiza a un ciudadano francés en Marruecos); c) personalidad pasiva (ejemplo: un ciudadano francés ofrece un soborno a un funcionario comunitario de nacionalidad española en Bruselas) y d) en los casos de funcionarios comunitarios, resulta competente el país en el cual tiene su sede la institución en la que presta su servicio el funcionario, lo que supone en cierta forma una figura parecida al principio de personalidad activa (ejemplo: funcionario griego que presta sus servicios en la oficina de patentes de Alicante y solicita un soborno en Suiza a un ciudadano irlandés). La sanción de estos comportamientos, cuando se cometan en el extranjero, no se sujeta al principio de doble incriminación, por lo que habría de ser de aplicación el principio de justicia universal previsto en el art. 23.4 g). La entrada en vigor del Protocolo produce por tanto la extensión automática del orden penal español.

¹²⁷ Por eso hubiese sido quizás más convincente la utilización de una fórmula como la del Código penal alemán que para definir estos supuestos § 11.2. c se refiere a dos situaciones, el privado que realiza servicios propios de la administración, encuadrado en una instancia administrativa o autoridad y aquel que realiza estos servicios por encargo de dicha instancia. En cualquier caso debe advertirse que esta fórmula, procedente de la Ley anticorrupción de 1997, no está exenta de problemas interpretativos y algunos la tildan ya de fracasada, vid. por todos Dannecker, en Dannecker/Leiten, *Schmiergelder*, Wien, 2002.

En segundo, lugar una vez que entre en vigor el II Protocolo resulta necesario establecer un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas en relación a la corrupción, algo a lo que también nos obliga el Convenio OCDE, el convenio del Consejo de Europa y previsiblemente el de Naciones Unidas. Ello obliga al menos a que en el delito de cohecho, tal como ocurre en el tráfico de influencias, se declare expresamente aplicable el art. 129. Y digo al menos porque en el II Protocolo no se contiene únicamente la obligación de “sanción”, sino que también contiene dos modelos distintos de imputación, a los que habría que adaptar esta responsabilidad¹²⁸. Finalmente conforme al II Protocolo se haría también necesario realizar las modificaciones oportunas para que el delito de blanqueo de capitales fuese de aplicación efectiva¹²⁹.

IV. COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE CORRUPCIÓN (el régimen de las comisiones rogatorias)

1. La cooperación judicial en material de corrupción ha sido necesaria sobre todo para investigar el circuito financiero de

¹²⁸ Sobre la directriz político criminal que a mi juicio debe seguirse en la sanción de personas jurídicas, vid. supra. Sobre los modelos de imputación del II Protocolo y con ulteriores precisiones acerca de la adaptación de estos instrumentos al derecho español, vid. Nieto Martín, *La protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea: de la asimilación a la unificación*, en Martínez Bujan Pérez (coord), *I Congreso Hispano Italiano de Derecho penal económico*, La Coruña, 1998.

¹²⁹ Las críticas son semejantes a las que se efectúan en relación al Convenio OCDE y es que su procedencia es idéntica: el que el blanqueo de capitales en vez de configurarse a partir de una lista de delitos, se efectúe a través de una pena (“pena grave”) que no tienen por qué tener todos los delitos cuyas ganancias se quieren someter al régimen del blanqueo de capitales. Este sistema obliga a una política criminal tan absurda como tener que aumentar la pena de un delito, si es que se quiere incluir bajo las disposiciones relativas al blanqueo y ello con independencia de que su injusto no justifique la punición con una “pena grave”.

la corrupción¹³⁰. Cuando la corrupción es organizada, las ventajas patrimoniales generalmente se ubican en el extranjero, razón por la cual para la prueba de la entrega de la contraprestación y del propio pacto resulta necesario utilizar la cooperación judicial. Por ello el contenido más frecuente de las comisiones rogatorias ha sido la obtención de datos acerca de las sociedades de pantalla (vgr. apuntes registrales acerca de apoderados, administradores etc.), extractos de cuentas bancarias, petición de bloqueo de cuentas y embargos de haberes¹³¹. La inoperancia de la cooperación internacional y sobre todo su lentitud es de sobra conocida, incluso en espacios jurídicos como la UE y el Consejo de Europa¹³². No es por ello sorprendente que en las Convenciones internacionales se suele incluir un apartado específico a este respecto (art. 91 del Convenio OCDE, art. 25 ss. del Convenio del Consejo de Europa; Capítulo IV, art. 43 ss, de la Convención de Naciones Unidas.). En el marco de la UE cabe esperar que la competencia de Eurojust¹³³ y Europol¹³⁴ en mate-

¹³⁰ Vid. ampliamente acerca de los distintos problemas de la cooperación en materia de corrupción, Ferré Olivé/Musco/Kunicka/Almeida y otros, *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción*, Salamanca, 2003, en el sentido del texto expresamente, Sanchez Ulled, *Cooperación judicial internacional. Especial referencia a los delitos relacionados con la corrupción*, p. 128.

¹³¹ Cfr. *Memoria de la Fiscalía Especial de delitos económicos relacionados con la corrupción*, 1999, p. 138.

¹³² Así expresamente *Memoria de la Fiscalía Especial de delitos económicos relacionados con la corrupción*, 2001, p. 103 en donde observa serias reticencias "en las decisiones sobre embargo y comiso de bienes de origen punible". Estadísticamente el 80,52% de las solicitudes de cooperación judicial que esta Fiscalía ha formulado o están pendientes (60%) o han sido rechazadas (2%), lo que a juicio de la Fiscalía supone "una realidad francamente desalentadora".

¹³³ Art. de la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencias.

¹³⁴ El Convenio de Europol no preveía originariamente la corrupción entre su ámbito competencial. La decisión del Consejo de 6 de diciembre del 2001 (DOCE C 362/1) que extiende el mandato de Europol a las formas graves de criminal internacional contempladas en el Anexo del Convenio Europol, ha incluido expresamente la corrupción.

ria de corrupción y la orden de detención europea¹³⁵ agilicen la cooperación judicial y policial en esta materia, más allá de las disposiciones de los Convenios específicos de la UE sobre corrupción. Igualmente las iniciativas existentes relativas al reconocimiento mutuo de resoluciones de embargos preventivos¹³⁶ y de comiso de bienes¹³⁷ agilizarán la cooperación en estas cuestiones puntuales¹³⁸.

2. Desde la perspectiva del país que solicita la cooperación, el problema más agudo suele centrarse en la validez interna de aquellas actuaciones practicadas en el extranjero. La preocupación por esta cuestión resulta patente en la construcción del espacio judicial europeo. El Corpus Juris (art. 33.2) e igualmente el art. 4 del Proyecto de primer protocolo al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad (art. 10.4) proponían una suerte de principio de reciprocidad en virtud del cual los actos practicados en el otro país de la UE de acuerdo con su derecho, deben resultar válidos en el país que los haya solicitado, sin que pueda alegarse que la prueba resultaría nula conforme al derecho del país que solicitó el acto de cooperación judicial¹³⁹.

¹³⁵ Cfr. Al respecto Jimenez Villarejo, *Reflexiones sobre el concepto de corrupción en la orden de detención europea*, AJA, 560/2002.

¹³⁶ *Proyecto de Decisión marco del Consejo relativa a la ejecución en la EU de las resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas de 15-4-2003* (en <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/03/st07/st07369es03.pdf>.)

¹³⁷ *Proyecto de Decisión marco relativa a la ejecución de resoluciones de decomiso en la UE* (última versión de 18-7-03).

¹³⁸ Cfr. *Comunicación de la Comisión*, op. cit., p. 11.

¹³⁹ Otra posibilidad, a mi juicio más complicada, es que el Estado requerido se ajuste a las necesidades del requiriente a la hora de ejecutar la comisión rogatoria con el fin de que esta posteriormente carezca de problemas, cfr. Sánchez Ulled, *Cooperación judicial*, op. cit., p. 132-133.

Este principio resulta acogido por algunas sentencias recientes. Así por ejemplo, y por citar un ejemplo significativo aunque no perteneciente al espectro de la corrupción, se ha aceptado como prueba testifical la declaración realizada ante una autoridad policial extranjera, sin la presencia del juez, con el argumento de que ello obedecía “tan solo, al hecho de que, a diferencia de lo que sucede en España, en el país que la cumplimentó, la instrucción está encomendada al Ministerio Fiscal, con asistencia de la policía y no a los órganos judiciales” (AP de Alicante de 12-1-2000 ED, 2000/4103). De este modo, la esencia de la prueba testifical en la cooperación internacional radicaría más que en la autoridad extranjera ante la que se realiza, en el respeto a los principios de contradicción e inmediatez¹⁴⁰. Igualmente este principio de reciprocidad lleva insito un principio de confianza, en virtud del cual se presupone la legalidad de lo actuado en el extranjero aunque no conste efectivamente la forma en que se realizaron los hechos (STS 28-11-1999, ED 1999/45667). No obstante, la doctrina de la reciprocidad resulta altamente dudosa cuando el acto practicado en el extranjero, pese a haberse desarrollado de acuerdo con el ordenamiento del país colaborador, viola derechos fundamentales de acuerdo con el derecho interno (vgr. intervención telefónica autorizada sin intervención de la autoridad judicial, vid. STS de 29-11-1989). Hasta ahora y en lo que alcanzo no se ha planteado ninguna vez ante la jurisprudencia el problema inverso al que estamos planteando: la realización de un acto de cooperación en el que se han infringido las garantías del ordenamiento del Estado cooperante,

¹⁴⁰ Vid. por ejemplo SAN de 29-09-2001 (ED 2001/75931) en la que pese a realizarse la declaración ante un juez del estado colaborador y del juez sentenciador, la no aceptación por parte del país colaborador de que los abogados de la defensa y la acusación pudieran estar presentes en el interrogatorio impidieron que la declaración se admitiera como prueba testifical.

pero sin embargo el acto resulta lícito en el país requeriente. Un desarrollo coherente del principio de reciprocidad debiera llevar a exportar la ilicitud del acto al Estado requeriente.

3. Al lado de esta cuestión, que es común a todo el ámbito de la cooperación internacional, la peculiaridad específica en materia de corrupción radica en las implicaciones políticas que pueden llevar tanto a presiones en el Estado que solicita la cooperación, como en el cooperante. Repárese, por ejemplo, en el marco de la corrupción internacional, en la petición de una determinada actuación en el país X, con el fin de juzgar a los directivos de la empresa española por el soborno a un dirigente político del país X. En este sentido la instauración de una cooperación judicial, que pueda establecerse de instancia judicial a instancia judicial, sin necesidad de que actúen como intermediarios instancias de naturaleza política, permite presuponer que los problemas serán más escasos que allí donde, por ejemplo como ocurre en la extradición, sea necesaria la intervención de órganos políticos¹⁴¹.

4. La posibilidad directa de una comunicación autoridad judicial-autoridad judicial, sin necesidad de utilización de cauces diplomáticos o del Ministerio de Justicia, se ha convertido

¹⁴¹ Wyngaert, *Synthesis report on the Organisation of the Judicial Cooperation, The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Vol. IV, Intersentia, 2001, p. 40 ss, donde se contiene un estudio comparado acerca de las razones en virtud de las cuales un Estado puede rechazar una solicitud de cooperación judicial. En este punto, debe indicarse que a tenor del art. 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cooperación puede ser rechazada o bien cuando el Estado español reclama la competencia sobre el asunto o bien cuando la cooperación resulta contraria al orden público, esto es y en primer lugar, cuando resulta contraria a nuestro ordenamiento. Con ello se recoge un principio básico de la cooperación judicial: "things we can do for ourselves but cannot do for you". Igualmente sería contraria al orden público la cooperación solicitada cuando con ello se tuviera la certeza de que se está persiguiendo a alguien por razón de su raza, etnia, sexo, religión, opiniones políticas etc..

en el mecanismo usual de cooperación al menos entre los países del Consejo de Europa y ello pese a que de acuerdo con el art. 15 de la Convención Europea de Asistencia Judicial de 1959 esta comunicación directa sólo sería válida por razones de urgencia¹⁴². La STS de 28-3-2001 (ED 2001/1439, “caso Urralburu”) viene a confirmar la legalidad de esta práctica, considerando generalmente equiparable las posibles vías de comunicación establecidas en la Convención Europea. Debe destacarse además que en esta sentencia la cooperación se produjo entre la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y la Fiscalía suiza.

V. CORRUPCIÓN DE EMPLEADOS DE EMPRESAS COMERCIALES

1. La incriminación de la corrupción entre particulares, o por ser más exacto de empleados de sociedades comerciales, es uno de los rasgos más llamativos de la política criminal internacional anticorrupción. Desde la Unión Europea, hasta el Consejo de Europa, pasando por el Proyecto de Naciones Unidas, todos los instrumentos de armonización internacional incluyen un delito de estas características¹⁴³. En el plano nacional destaca el “compromiso” con esta infracción de países como Alemania, que en abril del año 2002 incluía un tercer párrafo

¹⁴² Sobre la necesidad de superar la vía diplomática y precisiones posteriores sobre esta cuestión, Sanchez Ulled, *Cooperación judicial*, op. cit., p. 130.

¹⁴³ Para un análisis de estas propuestas Blanco Cordero/De la Cuesta, *La criminalizzazione delle corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato*, en Acquaroli/Foffani, *La corruzione tra privati*, op. cit., p. 43 ss. En su redacción final, la Convención de Naciones Unidas mantiene el “Soborno en el sector privado”, art. 21, pero deja libertad a los Estados miembros a la hora de introducirlo en su legislación.

en el tipo de corrupción privada con el fin de sancionar estas conductas cuando se realicen en el extranjero¹⁴⁴. Pese a estos empeños, en el ordenamiento español ni existe un delito de corrupción en el sector privado, ni tan siquiera la más mínima discusión legislativa al respecto, por ello puede decirse que nos encontramos en una situación de rebeldía contumaz ante las obligaciones derivadas de la Acción común europea¹⁴⁵.

2. Esto no quiere decir que las conductas a las que se refiere la corrupción privada no puedan ser objeto, en algunos casos, de sanciones a través de otras figuras delictivas¹⁴⁶. De este modo, la interpretación amplia del concepto de funcionario público que se encuentra tras algunas resoluciones judiciales podrá servir para sancionar en algunos casos la corrupción privada en el seno de empresas formalmente privadas pero cuyo dominio se sigue ejerciendo por parte del Estado. Igualmente puede utilizarse la vía del delito fiscal cuando el empleado sobornado no declare los incrementos patrimoniales consecuencia de la corrupción¹⁴⁷. La estrategia punitiva más segura en la relación a la corrupción privada es probablemente la constituida por los delitos de apropiación

¹⁴⁴ Sobre esta reforma que incluye también la no deducibilidad fiscal de los sobornos privados realizados en el extranjero vid. Tiedemann, *Schmiergeldzahlung in der Wirtschaft – Alte und neue Reformprobleme*–, en Festschrift für Lampe, Berlin 2003

¹⁴⁵ No obstante la propia Comisión reconoce: “la Acción Común solo comprometía a los Gobiernos de los Estados miembros, pero no a los Palamentos nacionales” (*Comunicación de la comisión*, op. cit., p. 12). Este déficit de las Acciones comunes en materia penal explica que a iniciativa de Dinamarca se esté estudiando aprobar una Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la corrupción en el sector privado.

¹⁴⁶ Para una exposición más detallada, vid. Nieto Martín, *La corrupción en el sector privado*, op. cit. passim. Al respecto de la corrupción privada en el derecho comparado vid. los distintos trabajos aparecidos en Foffani/Acquaroli, *La corruzione tra privati. Esperienze compartistiche e prospettive di riforma*, Milano, 2003.

¹⁴⁷ Más complejo en cambio es determinar si en nuestro país los sobornos pagados en operaciones de corrupción privada pueden ser deducibles fiscalmente, al no ser ésta una operación delictiva.

indebida/administración desleal, en el caso en que el empleado (vgr. administrador sobornado), celebre un contrato que lesiona patrimonialmente a su empresa. Igualmente, y como después se analizará con más detenimiento, puede mantenerse que también el pago de sobornos con patrimonio de la empresa por parte de administradores u otros directivos constituye un delito de apropiación indebida/administración desleal¹⁴⁸. Tampoco finalmente cabe descartar la estrategia “contable” o del delito de falsedad en la documentación social (art. 290 CP) en relación a la empresa que paga el soborno, pues normalmente cuando la corrupción constituya una estrategia comercial consolidada se hará necesaria la constitución de cajas negras.

3. En el ámbito civil las conductas de corrupción privada están prohibidas por la Ley de competencia desleal que prohíbe expresamente “la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”. Aunque la Ley de competencia desleal prevé exclusivamente instrumentos de naturaleza civil, cabría la posibilidad de imponer una sanción administrativa (art. 7 de la Ley de defensa de la competencia), en aquellos supuestos en los que la práctica desleal consistente en el pago de sobornos fuera de la suficiente entidad como para “distorsionar gravemente la competencia en el mercado” y si esta distorsión afectara al “interés público”. No obstante, hasta la fecha los comportamientos de corrupción privada ni han sido objeto de denuncia en el marco de la Ley de competencia desleal, ni mucho menos se ha pensado en sancionarlos de acuerdo a lo dispuesto en la LDC. Las sanciones de tipo laboral, como el despido, constituyen probable-

¹⁴⁸ Sobre las posibilidades de la estafa, Acquaroli/Foffani, *La corruzione tra privati: notta introduttiva sull'esperienza italiana*, en Acquaroli/Foffani, *La corruzione*, op. cit., p. 10.

mente el instrumento jurídico privado más utilizado contra la corrupción privada en nuestro país. No existe duda alguna de que la recepción de sobornos por parte del trabajador, enderezada a que el trabajador incumpla con las obligaciones que se desprenden de su contrato de trabajo, constituye un supuesto de despido disciplinario. En el caso de que esta infracción de la buena fe contractual ocasione un perjuicio patrimonial al empresario, es posible plantear una reclamación por daños y perjuicios (art. 1902 del Cciv) que puede dirigirse también contra quien sobornó al trabajador.

4. Vistas las posibilidades de sanción de la corrupción privada existentes, cabe preguntarse si es necesario, tanto dogmáticamente, como político-criminalmente, la creación de un delito de corrupción entre privados. A mi juicio, lo primero que en este ámbito resulta sorprendente es el empeñamiento de los instrumentos internacionales en la creación de una figura sobre cuya necesidad no existe consenso alguno y que representa una novedad radical en todos los ordenamientos. La falta de transparencia de los procesos legislativos internacionales hace más que complicado saber de dónde viene y a qué motivos obedece el impulso legislativo que está tras la vigorosa entrada en escena de esta figura. Cabe suponer, y esta es la hipótesis que me parece más razonable, que se trata sobre todo de un intento de moralizar el comercio en las relaciones comerciales internacionales, por lo que la necesidad de globalizar esta figura delictiva forma parte de la misma agenda política que ha generado el Convenio OCDE sobre corrupción internacional. Ahora bien, aunque puede compartirse el objetivo moralizador, lo cierto es que el derecho penal tiene presupuestos de legitimación independientes a los de las normas morales. Y desde estos requisitos, fundamentalmente desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, no deja de ser dudosa el merecimiento y la nece-

sidad de pena de esta figura¹⁴⁹, que además ha tenido una significación práctica muy reducida en ordenamientos como el alemán o francés que cuentan con esta figura desde las primeras décadas del siglo XX¹⁵⁰.

En este contexto y como ya he expuesto en otro lugar estimo que la única perspectiva bajo la cual es posible una legitimación de este delito es la patrimonial, que podría abordarse a su vez desde dos variantes distintas. La primera atendería a la protección del patrimonio del tercero concurrente que se ve perjudicado por la existencia de un soborno¹⁵¹. La segunda atendería a la tutela del patrimonio de la empresa sobornante y sobornada. La tipificación de la corrupción privada sería, en su aspecto pasivo, un delito de peligro de perjuicio patrimonial, en relación a la empresa cuyo empleado es sobornado y un delito de lesión patrimonial, en lo que atañe a la sociedad sobornante¹⁵². Una figura de corrupción privada orientada a la tutela patrimonial, flanqueada por la prohibición de deducir fiscalmente los sobornos, por el delito de falsedades documentales, con el fin de sancionar la creación de cajas negras, y por la necesidad de que las grandes empresas establezcan dentro de sus *compliance programs*

¹⁴⁹ Vid. en el mismo sentido, en relación a la competencia leal como bien jurídico protegido o la fidelidad del “trabajador” De la Cuesta, /Blanco Cordero, *La criminalizzazione della corruzione*, op. cit., p. 72 y ss (quienes sin embargo descartan también la posibilidad de crear un tipo que atienda a la protección patrimonial), y Vogel, *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l’esperienza tedesca*, en Acquaroli/Foffani, *La corruzione*, op. cit., p.93 ss.

¹⁵⁰ Vid. Huber, *Introduzione*, op. cit., p. 36 s. en relación al estudio realizado por el Max Planck Institut sobre corrupción privada con datos de diversos países.

¹⁵¹ Muestran su simpatía por esta perspectiva De la Cuesta/Blanco Cordero, *La criminalizzazione*, op. cit. p. 73 s.

¹⁵² Cfr. Nieto Martín, *La corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 68. Esta perspectiva patrimonial es la acogida por el legislador italiano, con independencia de los errores técnicos en que ha incurrido y cuáles han sido los verdaderos motivos de la reforma “berlusconiana” del derecho penal societario.

controles internos específicos destinados a prevenir y sancionar la corrupción privada resultan medidas más eficaces que la creación de un tipo “incomprendido” en la mayoría de los ordenamientos destinados a la tutela del mercado.

VI. DELITOS RELACIONADOS CON LA CORRUPCIÓN

A) Otros delitos relativos a la corrupción distintos al cohecho: en especial el tráfico de influencias.

1. Si en vez de adoptar un concepto jurídico de corrupción, cuyos límites coinciden con el delito de cohecho, se partiera de un criterio sociológico o político que la identifica con una forma más de “abuso de poder”, dentro de las tipologías delictivas pertenecientes al concepto de corrupción habría que incluir sin duda delitos como los de fraude (art. 436), negociaciones prohibidas a funcionarios públicos (art. 439)¹⁵³ y la figura del tráfico de influencias (428 ss). Todas estas figuras al igual que ocurre con el delito de cohecho tienen como protagonista a un funcionario situado en situación de parcialidad en relación a los intereses públicos (art. 436, 439) o a un particular o funcionario público que intenta crear esta situación en otro funcionario público a través del ejercicio de influencias (art. 428 ss). De todas estos tipos penales tiene singular relevancia el delito de tráfico de influencias y ello por dos razones. Primera, porque dentro de la propia política criminal internacional no existe acuerdo en relación al modelo a seguir en la sanción de esta conducta. Mientras el Convenio antico-

¹⁵³ Sobre el delito de negociaciones prohibidas vid. últimamente Palomo del Arco, *Negociaciones prohibidas a los funcionarios en el CP de 1995. ¿Legalización de la contratación en interés propio?*, en Ferre et al, *Fraude y corrupción*, p.247 ss.

rupción del Consejo de Europa y el Proyecto de Naciones Unidas¹⁵⁴ optan por configurar un delito autónomo, en el Convenio OCDE el tráfico de influencias es un comportamiento que ha de entenderse incluido dentro del ejercicio del cargo y por tanto se sanciona conjuntamente con el delito de cohecho¹⁵⁵. Y segunda, porque se trata de un tipo penal que hasta ahora, y ciñéndonos al marco de la UE, no ha sido capaz de generar “consenso”. Únicamente España y Francia poseen esta figura, y es conocida la multitud de reservas que en el marco del Consejo de Europa se han efectuado a la figura del tráfico de influencias (art. 12).

2. El aspecto más complejo a la hora de tipificar estos comportamientos radica seguramente en concretar las características que ha de poseer “la influencia” para que la intervención del derecho penal quede legitimada y no se sancionen conductas socialmente adecuadas y perfectamente legítimas como el ejercicio del “lobby” de una forma transparente o el simple “interesarse” por la marcha de un asunto. En este punto, y tal como muestra la discusión española, el

¹⁵⁴ Artículos 12 y 21 respectivamente. En la Convención de Naciones Unidas, art. 18, se deja libertad a los Estados firmantes a la hora de introducir esta figura, lo que es expresión de la falta de consenso que suscita.

¹⁵⁵ El art. 1 del Convenio OCDE en su apartado 4 c) describe de modo amplio “actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales”, indicando que comprende cualquier uso de la posición del agente público, tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente. En los *Comentarios*, op. cit., p.10 (pto. 18), expresamente se indica que el objetivo de esta extensión es captar la figura del tráfico de influencias. Como ya expuse en otro lugar, los orígenes de esta “banda ancha” en la definición del ejercicio de funciones se encuentran en la *Foreign Corrupt Practices Act* americana que describe precisamente la contraprestación del funcionario sobornado en el cohecho internacional como “influir en cualquier acto o decisión”, vid. Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, op. cit., p. 10. Por el contrario, el art. 12 del Convenio del Consejo de Europa parte de una interpretación estricta: “cette infraction diffère de la corruption en ce que le trafiquant d’influence n’est pas tenu “d’agir ou d’éviter d’agir” como le ferait un fonctionnaire”.

aspecto clave no es tanto el del origen o las fuentes de la influencia sino la necesidad de prevalerse de ella. El prevalimiento supone una “estructura parecida a las coacciones o amenazas aunque sin llegar al grado de constreñimiento físico o psíquico que estos delitos requieren”. De este modo, mediante el prevalimiento se abarcan un conjunto de situaciones estructuralmente análogas¹⁵⁶ a los casos comprendidos en la zona limítrofe entre inducción y autoría mediata, en los que las coacciones o amenazas no llegan a producir la irresponsabilidad de la “herramienta”, y aquellos supuestos de autoría mediata en los que se admite una responsabilidad del “autor tras el autor”, en los que la existencia de autoría mediata no elimina la responsabilidad del autor “inmediato” (de la herramienta)¹⁵⁷. En otras palabras, mediante el prevalimiento se estarían describiendo la utilización de situaciones de poder en virtud de las cuales la resolución que adopta o debe adoptar el funcionario influido es materialmente imputable a la “persona influyente”. La comprensión de lo que el prevalimiento significa en el tráfico de influencias requiere percatarse de la estructura real del poder en el seno de la administración pública y el carácter organizado de la corrupción contemporánea, en la que se generan relaciones de dominio semejantes a las que existen en los aparatos “organizados de poder”. El ejemplo más importante sería el de la red de corrupción que se conforma en torno a la financiación irregular de un partido político, en la que el “cajero del partido” domina las concesiones de obras públicas a partir del poder que tiene sobre determinados funcionarios que

¹⁵⁶ Análogas que no semejantes porque aquí se trata de “inducción” o “autoría mediata” a comportamientos no punibles, en los que el inducido o el autor directo no van a incurrir en responsabilidad penal.

¹⁵⁷ Por todos, vid. Cugat Mauri, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedex, Barcelona, 1997, p. 190 ss.

tienen un puesto en la administración gracias a su pertenencia o afiliación al partido.

3. La segunda gran decisión político criminal del legislador en la construcción del tráfico de influencias es como ha de colocar los acentos punitivos dentro de la relación triangular (influyente, influido y comprador de la influencia) que conforma esta infracción. En los ordenamientos donde existe la figura del tráfico de influencias¹⁵⁸ y, sobre todo en los Convenios internacionales en los que se ha recogido esta figura (Convenio del Consejo de Europa, Proyecto de Naciones Unidas¹⁵⁹), la estructura del tráfico de influencias es similar a la del cohecho de tal forma que se habla de un tráfico de influencias activo y pasivo. El activo incrimina a quien trata de comprar o compra la influencia y el pasivo a quien oferta o vende su influencia (“modelo de la compraventa”). El CP español no responde, sin embargo, a esta estructura en cuanto que olvida totalmente a quien compra o intenta comprar la influencia. La tipificación del tráfico de influencias se efectúa a partir de otra división fundamental: conductas que consisten en ejercer la influencia (art. 428/429), conductas que consisten en “vender” la influencia (430), por parte de un particular o de un funcionario público en relación a actividades que no

¹⁵⁸ Así por ejemplo en el CP francés: 433-2, 433-1 (tráfico de influencias activo); 432.11, corrupción y tráfico de influencias pasivo.

¹⁵⁹ Art. 12 del Convenio del Consejo de Europa: “...le fair de proposer, d’offrir ou de donner...tout avantage indu à titre de remuneration à quiconque affirme ou confirme etre capable d’exercer una finfluence sur la prise de decision de toute personne viesée aux articles 2,4 à 6 et 9 á 11 (tráfico de influencias activo)...ansi que le fait de solliciter, de recevoir ou d’en accepter l’offre ou la promesse à titre de remuneration pour ladite influence, que l’influence sea ou non exercée ou que l’influence suposée produise ou non le résultat recherché” (tráfico de influencias pasivo). En el Proyecto de Naciones Unidas, el art. 21, en cualquiera de sus variantes, responde también a este modelo, que es el seguido también por el art. 18 de la Convención finalmente aprobada.

constituyen ejercicio del cargo¹⁶⁰. Al CP le interesa por tanto más el ejercicio de la influencia que el comercio con la misma, lo que supone un modelo de regulación alternativo frente al que opera en el derecho comparado (“modelo del ejercicio de influencias”). Esta estructura provoca el que no resulte punible el particular que intenta comprar o compra influencias. Su responsabilidad como inductor sólo aparecerá en el caso de que el funcionario comprado utilice su influencia y realice la conducta típica de los art. 428/429.

El modelo de incriminación elegido acarrea ventajas pero también inconvenientes. Las ventajas se encuentran en que es un modelo menos “punitivo” y por tanto más respetuoso con el principio de fragmentariedad que el del derecho francés o el previsto en los convenios internacionales. La intervención penal no adelanta sus barreras incriminando comportamientos que pueden estar efectivamente alejados de ocasionar una distorsión efectiva en el funcionamiento de la administración, como ocurriría si se hubiese elegido el modelo de la “compraventa de influencias”. Igualmente el sistema de incriminación elegido ha permitido modular la respuesta penal, sancionando la conducta de “ofertar” la venta de influencias en el art. 430 con una sanción menor que su ejercicio efectivo. Lo que contrasta, por ejemplo, con la “tabla rasa” que se hace en los delitos de cohecho en los que se suele contemplar una única pena, sin distinción alguna entre las distintas secuencias (oferta, pacto, ejercicio del acto pactado). Ahora bien, pese a la valoración positiva que en general merece este modelo de incriminación, su inconveniente reside en que deja en la impunidad más absoluta el

¹⁶⁰ Al respecto Cugat Mauri, *El tráfico de influencias*, op. cit., 243-244. Si el funcionario intentase vender un acto que cae dentro del ejercicio del cargo estaríamos dentro del cohecho pasivo. Aunque esta cuestión será objeto de discusión posteriormente, debe destacarse la falta de claridad del precepto en lo tocante a la venta de influencias por parte del funcionario cuando estas se derivan del ejercicio del cargo: se trata de un delito de cohecho o de una conducta que debe sancionarse de acuerdo con esta modalidad.

intento de comprar influencias. Esta decisión no resulta acertada, pues se sustenta nuevamente en una percepción falsa del fenómeno de la corrupción según la cual la responsabilidad de la misma y las obligaciones para evitarla son más importantes en el lado de la administración o de la política que en el de los agentes económicos que la utilizan como estrategia empresarial. Así, por ejemplo, resulta inaudito que no se prevea respuesta penal alguna para el empresario que se dirige a un destacado miembro de un partido político ofreciendo una financiación ilegal al partido, a cambio del ejercicio de influencias en el seno de la administración en relación a un determinado asunto.

El problema más tratado por la doctrina española dentro del diseño del círculo de sujetos activos es la ausencia de sanción para el funcionario influido que se considera generalmente un claro error del legislador. Lo cierto es, sin embargo, que tanto en las Convenciones internacionales que recogen esta figura como en el derecho francés no se prevé sanción alguna para el funcionario que sucumbe a la “influencia”. Esta posición resulta política criminalmente correcta. Primero, porque como se desprende de la interpretación del término “prevalimiento” el funcionario influido se encuentra en una situación en que su capacidad de obrar está seriamente restringida. Segundo, porque en caso de que la resolución que adopte como consecuencia de las presiones recibidas sea arbitraria resultará autor de un delito de prevaricación. Observese que el delito de tráfico de influencias no exige que como consecuencia del prevalimiento se tome una resolución arbitraria o contraria a deber, sino simplemente una resolución que genere beneficios económicos. Y tercero, porque la no responsabilidad del funcionario influido fomenta el que éste pueda denunciar en cualquier momento la existencia de presiones y colaborar con la administración de justicia¹⁶¹.

¹⁶¹ Cfr. Cugat Mauri, *El tráfico de influencias*, op. cit., p. 172-174.

La tercera cuestión central a la hora de conformar el círculo de autores radica en decidir si se incrimina además de la venta de influencias por parte del funcionario público o autoridad derivadas precisamente del ejercicio de su función pública, la “venta” de influencias realizada por particulares. El CP, también en consonancia en este punto con el derecho comparado y con las Convenciones internacionales, sanciona con iguales penas tanto la venta de influencias públicas como privadas (art. 430). Pese a las críticas que la decisión del CP ha generado en la doctrina¹⁶², el castigo de la venta de “influencias privadas” resulta probablemente la razón de ser del delito de tráfico de influencias. Lo función principal de este delito reside, como se ha indicado, en captar las estructura de poder real que existe dentro de la administración. Las decisiones, en los casos en que la corrupción está organizada, parten y se conforman no en el despacho de concreto funcionario competente para adoptarlas sino en el del “hombre de atrás” que no necesariamente tiene por qué ser funcionario público, como ocurre por ejemplo en los casos en que éste es simplemente el “hombre fuerte” dentro del partido político que controla la administración¹⁶³. Es más, en los casos en que el “influyente” es un funcionario público y la influencia deriva del ejercicio del cargo bastaría para sancionar el tráfico de influencias el delito de cohecho, si se procede a una interpretación amplia del término “ejercicio del cargo” de acuerdo con la cual se incluyan también en este ejercicio actividades que son facilitadas por el ejercicio del cargo, tal como se hace en el Convenio OCDE¹⁶⁴. Por esta razón, la cualidad de funcionario público o autoridad tiene una importancia secundaria dentro del tráfico de influencias, por-

¹⁶² Vid. por ejemplo, Muñoz Conde, *Parte Especial*, Valencia, 14 ed., p. 990 ss.

¹⁶³ Cfr. Cugat Mauri, *El tráfico de influencias*, op. cit., p. 239 ss.

¹⁶⁴ Vid. infra not. 155.

que lo que aquí se pretende captar no es el ejercicio de influencias que se derivan de su cargo, sino la relación de poder con el funcionario influido que responde a fuentes distintas (vgr. posición en el partido)¹⁶⁵.

4. La correcta comprensión de las funciones del tráfico de influencias requiere poner en conexión ésta con otras figuras cercanas, con el fin de averiguar si se trata de un tipo penal redundante o viene efectivamente a cubrir lagunas de punibilidad. Las figuras conceptualmente más cercanas son de un lado el delito de cohecho y de otro la prevaricación y especialmente la inducción a la prevaricación (o la inducción en cadena a una prevaricación). Las relaciones entre la corrupción y el tráfico de influencias muestran como esta figura delictiva juega una función de tipo de recogida. La necesidad del tráfico de influencias depende de la amplitud con que se conformen la contraprestación —la “ventaja” que se ofrece o recibe el funcionario—, la actuación en el ejercicio del cargo e incluso el propio concepto de funcionario público. Si tal como se discute en el marco del Convenio OCDE, el concepto de agente público se debiera extender también a los miembros de partidos políticos quizás la figura del tráfico de influencias resulte inútil¹⁶⁶. En términos de técnica legislativa las alternativas son por tanto o ampliar considerablemente el cohecho o, seguir manteniendo sus límites tradicionales y crear al lado la figura del tráfico de influencias. Esta última opción, que es la de nuestro CP, resulta aconsejable, pues es más respetuosa con el principio de determinación y permite una tipificación más

¹⁶⁵ Cfr. *Rapport explicativ de la Convención del Consejo de Europa*, op. cit., p. 15.

¹⁶⁶ Como ocurre nuevamente el marco de la FCPA americana que incluye entre los “agentes públicos” a miembros de partidos políticos y candidatos, Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, op. cit., p. 11.

matizada de ambas figuras. Así por ejemplo, dentro del tráfico de influencias realizado por particulares sería posible una restricción de los sujetos activos, incluyendo por ejemplo sólo a ex altos cargos, a dirigentes de partidos políticos y a otras personas que tuvieran una relación con el poder semejante.

5. La segunda zona de fricción del tráfico de influencias se encuentra en relación al delito de prevaricación. No cabe duda, en este sentido, de que si la influencia se ejerce con el fin de que el funcionario influido dicte una decisión arbitraria, cosa que éste realiza, se plantea un concurso de normas entre el tráfico de influencias y la inducción a una prevaricación en relación a la persona que “influye” sobre el funcionario público e incluso sobre quien “indujo” al influyente, pues no existen problemas para aplicar la inducción en cadena. La solución que debe dársele a este concurso de normas no está del todo clara. Mientras un sector de la doctrina, con razón, mantiene que el tráfico de influencias es un precepto que desplaza a la inducción a la prevaricación, la jurisprudencia, si bien en *obiter dicta*, se ha mostrado favorable a la solución contraria¹⁶⁷. Aunque la inducción a la prevaricación constituyera el precepto a aplicar en los casos de concurso de normas, la necesidad del delito de tráfico de influencias y su autonomía en relación a la prevaricación debe encontrarse en que éste delito pretende captar la inducción a resoluciones contrarias a derecho, pero que no lleguen a ser arbitrarias, esto es prevaricadoras. Resulta atípico, por el contrario, el ejercicio de influencias en relación a una material reglada sobre la que no existe margen de discrecionalidad¹⁶⁸ y no existe acuerdo en la doctrina en lo referente a la influencia en relación a actos dis-

¹⁶⁷ Cfr. Cugat Mauri, *El tráfico de influencias*, op. cit., p. 254 ss. con ulteriores referencias.

¹⁶⁸ Cfr. Cugat Mauri, *El tráfico de influencias*, op. cit., p. 211 ss.

crecionales (influencias para que se resuelva una adjudicación de obra) y actos políticos (vgr. la votación en un determinado sentido a la hora de aprobar un plan municipal de urbanismo). Desde un punto de vista político criminal son estos sin embargo los sectores más importantes del tráfico de influencias. Como ya se analizó además en el delito de cohecho las últimas tendencias legislativas y jurisprudenciales en nuestro país tienden a llevar estos casos al ámbito más estricto del cohecho propio. Puesto que el tenor literal posible del precepto no impide incluirlos, nada obliga a interpretar el término “resolución” en el sentido del “delito de prevaricación”¹⁶⁹

6. En varios modelos legislativos nacionales (vgr. Francia, Italia (art. 346 CP)) e internacionales (Consejo de Europa) de tipificación del tráfico de influencias se contempla expresamente la venta o la oferta de influencias inexistentes. El CP español no menciona sin embargo esta conducta, lo que ha dado lugar a una discusión doctrinal que hasta ahora no arroja un resultado claro¹⁷⁰. Una interpretación del precepto conforme al bien jurídico protegido, la imparcialidad y objetividad de la administración, debe llevar sin embargo a considerar atípico el tráfico de influencias inexistente. A otra solución quizás hubiera de llegarse si se mantuviera como bien jurídico la preservación del buen nombre o prestigio de la administración, pues mientras que el tráfico con influencias inexistentes puede resultar una conducta idónea para lesionar este último bien jurídico, resulta objetivamente imposible lesionar o poner en peligro la objetividad de la administración a través del “influencias inexistentes”. A partir de esta

¹⁶⁹ Al respecto de la interpretación del término “resolución” Cugat Mauri, *El tráfico de influencias*, op. cit., p. 208 ss., si bien mantiene una interpretación similar a la del delito de prevaricación.

¹⁷⁰ Cfr. Cugat Mauri, *El tráfico de influencias*, op. cit., p. 248-249.

interpretación la *venta di fumo* adquiere significado en relación al delito de estafa, precepto que habrá de utilizarse para sancionar los supuestos de inexistencia de influencias. En bastantes casos se tratara además de una estafa agravada. El ofrecimiento de influencias inexistente va unido en bastantes casos al aprovechamiento “de la credibilidad empresarial o profesional” en la comisión de la estafa (Art. 250.7).

B) Administración fraudulenta y corrupción.

1. En la experiencia práctica de bastantes ordenamientos las figuras de administración desleal o análogas han jugado un papel decisivo en la sanción de la corrupción, mucho más importante en ocasiones que el desempeñado por los delitos de cohecho. Y ello debido a las mayores posibilidades de prueba o al contar, como ocurre en Francia, con un régimen especial de prescripción¹⁷¹. En nuestro país, hasta ahora no se constata una tendencia tan marcada favorable a la utilización de los delitos de administración desleal (295 CP) o apropiación indebida (252 CP)¹⁷² como estrategia procesal alternativa. No obstante, y como ya se indicó anteriormente, en el asunto Filesa, el Tribunal Supremo calificó como delito de apropiación indebida los diversos pagos que las empresas hicieron al mencionado partido. El TS fundamentó la aplicación del delito de apropiación indebida de un modo escueto señalando que el pago de cantidades, cuyo destino a la financiación ilegal de un partido político resultaba probado, suponía disponer del capital social “al margen de lo que es el objeto de la sociedad”, indicando además que la única causa que podía conducir a

¹⁷¹ Vid. sobre la situación en Francia, Mirandes, *La corruption et le délit d'abus de biens sociaux*, en Cartier-Besson, *Pratiques et controle de la corruption*, 1997, p. 207 ss.

¹⁷² Sobre la compleja relación existente entre ambas figuras vid. por todos Martínez Bujan Pérez, *El delito de administración desleal*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 96 ss.

la atipicidad de estas conductas era el consentimiento de los socios¹⁷³. Esta jurisprudencia, referente a unos hechos en donde los fondos se entregan sin contraprestación alguna, no prejuzga la existencia de un delito de apropiación indebida o administración desleal cuando la disposición de fondos por parte de la empresa (el soborno) tenga una contraprestación cierta y con determinado valor económico (vgr. la adjudicación de una obra pública); esto es, en los casos en que los fondos de la empresa se utilicen para comprar una determinada resolución –justa o injusta– que genere un beneficio económico. Como ya he expuesto en otro lugar¹⁷⁴, la solución depende en gran medida del concepto de patrimonio que se maneje.

2. De seguir la teoría económica del patrimonio, según la cual la apreciación de las infracciones contra el patrimonio requiere la existencia de un perjuicio medible en términos monetarios, se debería llegar a la conclusión de que no existe delito alguno cuando el acto comprado a través del delito de cohecho equivale económicamente al “precio” pagado. No obstante, y aun dentro de esta teoría, también debería plantearse en qué medida las posibles sanciones (vgr. civiles) u otro tipo de perjuicios económicos (vgr. pérdida de prestigio y de clientes) que puede sufrir la empresa como consecuencia del pago de sobornos no pueden computarse como perjuicio patrimonial derivado del acto de disposición, esto es del pago de sobornos. Igualmente la existencia o no de perjuicio patrimonial debe discutirse en atención a la concreta operación de “compraventa”, o más concretamente, a la estructura temporal de la operación. De este modo, puede afirmarse la existencia

¹⁷³ STS 28-10-1997, RJ 1997/7843.

¹⁷⁴ En lo que sigue con ulteriores referencias Nieto Martín, *La corrupción en el sector privado*, p. 65 ss.

de compensación si el pago, al menos parcialmente, se produce con posterioridad a que el funcionario haya cumplido con su parte o el pago y la actuación del funcionario se producen simultáneamente (vgr. en el mismo acto se entrega el dinero y el funcionario revela una serie de datos secretos acerca de los criterios técnicos más relevantes para la adjudicación de una licitación pública). Más compleja es la constelación de casos en que la acción se realiza con posterioridad a la entrega de dinero, pues aquí habría que discutir en qué medida la futura contraprestación del funcionario constituye una expectativa patrimonial valorable económicamente capaz de compensar la salida de fondos del patrimonio de la empresa. Lo que puede a su vez depender de si, por ejemplo, la contraprestación del funcionario se ha encubierto a través de un contrato simulado, que en caso de incumplimiento de oportunidad a la empresa de reclamar la cantidad adelantada. En suma, la teoría económica del patrimonio lleva a la siguiente regla de tres: cuanto mejor se haya asegurado la contraprestación del funcionario, en el marco del delito de cohecho, menor espacio existe para apreciar un perjuicio patrimonial. Todo ello dejando de lado un aspecto extremadamente oscuro como es el de en qué medida las posibles sanciones o perjuicios que pueda ocasionar a la empresa el comportamiento de cohecho realizado no constituye a su vez un peligro de perjuicio patrimonial que ha de asimilarse a una lesión efectiva¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Sobre esta cuestión, el peligro como perjuicio patrimonial, muy discutida en el ordenamiento alemán vid. con ulteriores referencias Nieto Martín, *El delito de administración desleal*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 49 ss, 283 ss.

La discusión en Alemania sobre este punto ha tenido lugar a partir del caso Kohl en donde el argumento de las posibles sanciones que podría recibir el partido como consecuencia de su financiación irregular no suponían un perjuicio patrimonial. El tema como puede apreciarse es más amplio que el concerniente a las relaciones entre administración desleal y corrupción. La pregunta general es en qué medida los delitos cometidos para favorecer a la empresa, en especial cuando se financian con su patrimonio, no constituyen un acto de

3. Aun desde las coordenadas de la teoría económica, una segunda forma de abordar el problema radicaría en discutir no la existencia de lesión patrimonial sino la de infracción del deber de salvaguarda patrimonial, pues los tipos de abusos de bienes sociales no sólo requieren un perjuicio patrimonial sino que además que éste se derive precisamente de la infracción aludida¹⁷⁶. En este sentido un sector doctrinal defiende la atipicidad del pago de sobornos señalando que allí donde la corrupción resulta un comportamiento inevitable para entrar o mantenerse en determinado mercado no puede apreciarse un abuso de la capacidad de disposición por parte del administrador cuando utiliza el capital social para el pago de sobornos. Este abuso solo existiría allí donde existe una corrupción agresiva, en la que la corrupción es un medio para alterar las reglas de juego del mercado¹⁷⁷.

4. La tercera forma de abordar este problema partiría en cambio de la denominada “teoría personal del patrimonio”, como criterio a la hora de apreciar un perjuicio patrimonial. Desde esta perspectiva el pago de sobornos resultaría típico en cualquier caso. En el marco de esta “teoría el perjuicio patrimonial” se produce no tanto cuando existe una disminución económicamente medible del patrimonio, sino cuando la disposición patrimonial está en desacuerdo con los fines que habrían de dársele al patrimonio de acuerdo con lo dispuesto por su

administración desleal como consecuencia de los peligros patrimoniales que de ellos se desprenden y ello pese a que en un primer momento el delito haya supuesto ganancias para la sociedad. Vid. al respecto Velten, *Untreue durch Belastung mit dem Risiko zukünftiger Sanktionen am Beispiel verdeckter Parteienfinanzierung*, NJW, 2000, p. 2852 ss.

¹⁷⁶ En los ordenamientos comparados que siguen el modelo de la *Untreue* alemana la infracción del deber de salvaguarda no contiene mayores precisiones. No es el caso del derecho español donde esta infracción debe producirse en relación a un acto de disposición patrimonial o de contracción de obligaciones.

¹⁷⁷ Cfr. Gomez Benitez, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos prácticos*, Colex, Madrid, 2001, p. 171 ss.

titular. En este sentido, del derecho de sociedades o incluso de la propia opinión de los socios (vgr. mediante la aprobación de un código de conducta por parte de la Junta General) se desprende o puede desprenderse que el pago de sobornos es contrario a los fines en atención a los cuales debe disponerse del patrimonio social¹⁷⁸. Aunque la teoría personal ofrece a mi juicio una solución político-criminalmente satisfactoria, su utilización dentro de los delitos que responden a la estructura de la administración desleal resulta discutible. Como antes decía la administración desleal se compone de dos elementos: infracción del deber de guarda + perjuicio derivado de la infracción. Pues bien, resulta fácil observar cómo la teoría personal provoca en los casos de corrupción que estos dos elementos se reduzcan a uno, pues si se dispone del patrimonio de forma contraria al deber siempre existe un perjuicio.

5. Mucho menos discusión existe hasta ahora en relación a la calificación de la conducta de quien “recibe”, esto es, si la recepción de un soborno puede considerarse ya como una conducta de apropiación indebida o administración desleal, en el caso de la corrupción privada, o como delito de malversación de caudales públicos, en el caso de la corrupción pública. En el marco de la corrupción privada podría plantearse la existencia de un delito de apropiación indebida alegando que el dinero recibido por el empleado o directivo como soborno pertenece a la empresa y que por tanto al no integrarlo a su patrimonio se estaría cometiendo un tipo de apropiación. En la doctrina alemana, aunque no se discute la existencia de esta obligación civil¹⁷⁹, la doctrina niega mayoritariamente que la

¹⁷⁸ Cfr. Nieto Martín, *La corrupción en el sector privado*, op. cit., p. 66-67.

¹⁷⁹ Expresamente sobre esta cuestión en relación al contrato civil de mandato, vid. Palandt, *BGB Kommentar*, Auf. 2002, § 667, 3.

no entrega del soborno constituya un delito de administración desleal¹⁸⁰, señalando que se trata de un incumplimiento civil. La aparición de la administración desleal dependería de que el empleado o directivo como consecuencia del soborno realizase un acto de disposición que perjudicara a la empresa. A mi juicio, debe distinguirse entre aquellos supuestos en que el soborno es más una suerte de ventaja competencial que se le da al empleado, una especie de prima por “fidelidad” o por “promocionar” los productos de la empresa sobornante, de aquellos otros en que el soborno tiene como cometido la realización de un comportamiento perjudicial o delictivo para la empresa. En estos casos, el empleado no actúa como mandatario y por tanto las cantidades que recibe no son propiedad del mandante. La aplicación del delito de apropiación indebida es por ello implantable, además de ilógica. Otra consideración merecen los supuestos planteados en primer lugar, en los que no se trata de ocasionar un perjuicio económico a la sociedad representada, en los que existe la obligación civil de entregar el bien al titular del patrimonio. Desde el punto de vista de la estructura de este delito, no alcanzo a ver diferencia alguna entre, y por poner un caso arquetípico, el agente de seguros que se apropia definitivamente de las cuotas y la apropiación del soborno. Por lo que siempre que reciba el “soborno”, “prima de fidelidad”, “propina” etc. en nombre del mandante y disponga del mismo de forma tal que sea imposible cumplir con su obligación, existirá un delito de apropiación indebida, salvo que exista consentimiento, expreso o tácito, por parte del mandante.

6. El punto de contacto más importante en las relaciones entre corrupción y administración desleal, en lo que se refiere al “receptor” es conocido como efecto *kick back*, median-

¹⁸⁰ Con referencias Vogel, *La tutela penale contro la corruzione*, op. cit., p. 84.

te el cual el soborno acaba incorporándose al precio final del servicio. El soborno que recibe el funcionario público con el fin de favorecer a una determinada empresa en la adjudicación de un contrato es repercutido por la empresa en el precio final de la obra y por tanto acaba siendo pagado por la administración, ocasionando ello un claro perjuicio patrimonial. Si este perjuicio llega a probarse, demostrando que se ha pagado un precio por el servicio o producto superior al del mercado, sería entonces posible apreciar un delito de apropiación indebida, administración desleal por parte del administrador (en los casos de corrupción privada) o malversación en el caso del funcionario público. Dado que este extremo resulta complejísimo de probar, la jurisprudencia de países como Austria o Alemania ha elaborado el siguiente razonamiento: la empresa perjudicada siempre paga más porque el hecho de que exista soborno es un indicio de que éste se ha incluido en el precio. Independientemente de si este precio es o no un precio de mercado la empresa tenía una expectativa patrimonial cierta a obtener el producto o servicio a un precio menor. La frustración de esta expectativa constituye un perjuicio patrimonial¹⁸¹.

C) Otras infracciones con las que el delito de cohecho suele aparecer en concurso de delitos.

1. Tras la realización de las contraprestaciones que implica el “pacto corrupto” se plantea una rica problemática concursal. De un lado, la contraprestación del funcionario puede consistir en la realización de un hecho delictivo (*a*). De otro lado, la recepción del soborno, ya sea en el ámbito de la

¹⁸¹ Vid. con referencias Vogel, *La tutela penale contro la corruzione*, op. cit., p. 84.

corrupción privada o pública, debiera activar el tipo penal destinado a impedir la ocultación o utilización financiera de capitales procedentes de hechos delictivos, el blanqueo de capitales. E igualmente las “ganancias obtenidas” constituyen incrementos patrimoniales que ya sea por sí sólo o convenientemente invertidas plantean la posibilidad de apreciar el delito fiscal. En algunos sistemas latinoamericanos esta fase final trata de captarse de una figura desconocida en Europa, el denominado “enriquecimiento ilícito”¹⁸², de la que se ha hecho eco el Proyecto de Naciones Unidas (art. 25)^{182 bis}. En definitiva, lo que debe analizarse es cómo articular, y si son compatibles, estas tres estrategias de penalización de la tenencia, legalización o tráfico de ganancias ocultas (b).

a) *Los delitos cometidos como consecuencia de la contraprestación del funcionario.*

2. La peculiar estructura del cohecho propio, en la que el supuesto más grave lo constituye precisamente (art. 419) el ofrecimiento de una ventaja patrimonial “para la realizar en el ejercicio del cargo una acción u omisión constitutiva de delito”, ha provocado que el legislador resuelva expresamente el problema del concurso de delitos entre este tipo de cohecho y el delito cometido como consecuencia del mismo, indicando que la pena correspondiente al delito de cohecho se impondrá “sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”. No obstante, la apreciación de este concurso no siempre es posible, ni clara, sobre todo cuando afecta al delito de prevarica-

¹⁸² Sobre esta figura Abanto Vásquez, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2001, p. 475 ss.

^{182 bis} En el art. 20 de la Convención se contiene el delito de enriquecimiento ilícito, si bien se deja libertad a los Estados firmantes a la hora de introducirlo.

ción¹⁸³. De un lado porque el que la conducta a realizar haya de consistir en una prevaricación, no siempre queda determinado en el pacto, habida cuenta entre otras cosas de la compleja línea divisoria existente entre resoluciones ilegales y arbitrarias. En estos casos el concurso sólo podrá plantearse, en su caso, en relación al tipo de cohecho cometido realmente. Dicho en términos procesales: que el cohecho desemboque en prevaricación, no es motivo suficiente para dar por probado que se pactó, solicitó o prometió la realización de un acto constitutivo de delito¹⁸⁴. De otro lado, y sobre todo en relación al particular, no cabe descartar la posibilidad de que éste en el momento del pacto o en el de realizar la oferta estuviese inmerso en un error de tipo, acerca del carácter prevaricador del comportamiento del funcionario¹⁸⁵. De este modo sólo en los casos en los que el particular sea consciente del carácter delictivo de la conducta prometida por el funcionario podrá considerársele, según los casos, inductor o cooperador necesario a este delito, en concurso medial con el delito de cohecho activo (art. 423 en relación con el art. 419)¹⁸⁶.

3. El segundo aspecto problemático en lo tocante al delito realizado por el funcionario público es aquel en el que la

¹⁸³ Con argumentos convincentes mostrándose a favor del concurso de normas y no de delitos en relación a la prevaricación vid. De la Mata Barranco, *Relación concursal entre los delitos de cohecho y la prevaricación*, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, dir. Arroyo/Berdugo, Ed. Universidad de Castilla la Mancha/Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p.313 ss.

¹⁸⁴ Vid. además infra, not. 74.

¹⁸⁵ Sobre estos casos de error Rodríguez Puerta, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 253 ss, 293 ss.

¹⁸⁶ Cfr. Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, op. cit., p. 207 ss con ulteriores referencias. Negando la posibilidad de sanción ulterior al particular por violar el principio de *non bis in idem*, Valeije Alvarez, *El tratamiento penal de la corrupción*, op. cit., p. 247 ss.

ventaja patrimonial recibida es una participación en las ganancias del delito en las que participa mediante un acto que cae dentro del ejercicio de sus funciones. Aunque un sector de la doctrina aboga en este punto por considerar que existiría como único delito el cometido por el funcionario (vgr. la falsedad en un documento público) y su correspondiente participación delictiva en el realizado por los particulares (vgr. fraude de subvenciones), la jurisprudencia aprecia también la existencia de un delito de cohecho¹⁸⁷.

b) Delitos cometidos con ocasión de la tenencia, legalización o inversión de las ganancias procedentes de la corrupción.

4. Un rasgo original de la política criminal contemporánea es la “lucha” contra el patrimonio criminal. Como antes señalábamos en el marco de la corrupción, y desde una perspectiva comparada se entrecruzan tres estrategias diferentes. En primer lugar, y este es un rasgo probablemente característico del sistema español, la utilización del delito fiscal¹⁸⁸. El derecho tributario constituido sobre el viejo aforismo *pecunia non olet* acoge el principio de neutralidad valorativa, a tenor del cual existe obligación de declarar las ganancias ilícitas. Aunque este aspecto es común a la mayoría de ordenamientos, la peculiaridad que se ha producido en nuestro ordenamiento radica en sancionar penalmente mediante la utilización del delito fiscal la ausencia de declaración¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Vid. críticamente Morales Prats/Rodríguez Puerta, Comentarios, op. cit., p. 1695.

¹⁸⁸ Destaca la importancia del delito fiscal en la represión de la corrupción Sánchez Ulled, *Cooperación judicial internacional*, op. cit., p. 128.

¹⁸⁹ Bacigalupo S., *Ganancias ilícitas y derecho penal*, Madrid, 2002. Esta problemática es común a cualquier delito que genere ganancias ilícitas (el dinero obtenido por el matón a sueldo) si bien la jurisprudencia española sólo la ha utilizado hasta la fecha en relación a algunos casos de tráfico de drogas y corrupción.

Con ello el delito fiscal cumple hasta cierto punto el cometido del blanqueo de capitales, pues sirve también para sancionar la tenencia e inversión de capitales delictivos.

Esta práctica plantea en primer lugar una posible colisión con principios básicos del derecho penal. En efecto, en contra de la sanción por delito fiscal por la no declaración de ganancias ocultas, en general, y de sobornos en particular, se han algado fundamentalmente dos razones, de un lado, el principio de *non bis in idem* por entender que el delito fiscal se trataría de un hecho posterior copenado, en el sentido que el desvalor que pretende sancionar ya se encontraría abarcado por el delito del cual proceden las ganancias ilícitas y de otro el derecho a no declara contra sí mismo, al entender que la obligación de declarar las ganancias ilícitas supondría una suerte de autodenuncia¹⁹⁰. En lo tocante al primero de los argumentos, el TS (28-3-2001, ED 2001/1439, “caso Urralburu”) ha perfilado las relaciones entre el delito de cohecho y el fraude fiscal indicando que aunque en principio no existe incompatibilidad entre “la condena por una serie de delitos que generan beneficios económicos y las condenas por delitos fiscales deducidas de incrementos patrimoniales derivados de una pluralidad de fuentes, incluidos los beneficios indirectos de los referidos actos delictivos, no sucede lo mismo cuando los incrementos patrimoniales que generan el delito fiscal proceden de modo directo e inmediato de un hecho delictivo que también es objeto de condena, dado que en estos casos concretos la condena por el delito, que constituye la fuente directa e inmediata del ingreso, absorbe todo el desvalor de la conducta y consume al delito fiscal derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos directamente procedentes de esta única fuente delicti-

¹⁹⁰ Más detalles en Bacigalupo S./Bajo M., *Derecho penal económico*, Ceura, 2001, p. 234 ss.

va”. En relación al segundo de los argumentos, el derecho a no declarar contra sí mismo, lo cierto es que éste desde la STC 161/97 ha sido objeto de una interpretación restrictiva, en consonancia con la jurisprudencia de otros tribunales europeos y de los USA, en virtud de la cual lo que vendría a prohibir sería únicamente “la interdicción de la compulsión al testimonio contra uno mismo”, lo que obviamente no se produce en estos casos o aquellos casos en los que las contribuciones que se piden al ciudadano no tienen un contenido directamente incriminatorio. Una declaración tributaria acerca de ganancias ilícitas no requiere el grado de detalle que exige el “contendio directamente incriminatorio”, por lo que tampoco puede entenderse violado el principio de presunción de inocencia y derecho de defensa. En cualquier caso, indica el TS, que “las dificultades que pueda tener el contribuyente para aflorar fiscalmente sus ingresos reales sin desvelar sus actividades ilícitas únicamente son imputables al mismo, sin que puedan determinar una posición de privilegio que le exima de la obligación genérica de declarar a Hacienda o le haga inmune frente a la responsabilidad pena por delito fiscal” (STS 28-3-2001, ED 2001/1493, “Urralburu”).

Aunque la jurisprudencia española ha dado una respuesta satisfactoria a ambos problemas, la utilización del delito fiscal responde en parte a la imposibilidad o dificultad de aplicar el delito de blanqueo de capitales. En efecto, el delito de blanqueo de capitales en el CP español presenta una grave tara de nacimiento consistente en condicionar la aplicación de este delito a la gravedad de la pena, en vez de ofrecer una lista de delitos, como se hace en otros ordenamientos. Este sistema de incriminación resulta particularmente desastroso en relación a la corrupción donde debe ponerse en relación con complejo sistema de penas del delito de cohecho. Esta unión obliga al juez a probar, lo que resulta imposible más allá de casos de

corrupción puntuales, que las ganancias provienen no de cualquier “pacto corrupto”, sino de un delito de cohecho consistente en la realización de un acto injusto.

Es verdad no obstante, que los tratados internacionales sobre corrupción son excesiva e inexplicablemente tímidos en esta materia. Pues o bien permiten la posibilidad de establecer reservas, como es el caso del Consejo de Europa, o bien se contentan con el principio de asimilación, como ocurre con las iniciativas comunitarias y el Convenio OCDE, lo que implica que resulta suficiente con un marco de incriminación semejante al que existe con el cohecho nacional. La Convención de Naciones Unidas (art.23) si bien ha ido algo mas allá, solo obliga a que los Estados incluyan bajo el blanqueo “una amplia gama de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”. De la explicación ofrecida acerca del por qué de la utilización del delito fiscal no debe desprenderse sin embargo que ambas figuras son excluyentes, de tal forma que su aplicación sería contraria al principio de *non bis in idem*. Aunque funcionalmente puedan ser intercambiables, blanqueo de capitales y delito fiscal poseen bienes jurídicos diferentes por lo que nada empece a sancionar conjuntamente. De este modo existirá un concurso entre ambos delitos la realización de una actividad financiada parcialmente con recursos delictivos que genere rendimientos económicos no declarados.

VII. ASPECTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

1. El resurgir del interés político criminal por la corrupción en los último cinco años tiene más que ver, al menos en Europa, con los impulsos de las organizaciones internaciona-

les que, a diferencia de lo que había ocurrido en el lustro anterior, con “escándalos” nacionales. Este protagonismo internacional genera, como se constata por ejemplo en materia de drogas, un espíritu acrítico por parte del legislador nacional, quien introduce las convenciones internacionales como si se tratase de una suerte de nuevo derecho divino que no necesita de legitimación alguna. El derecho penal anticorrupción, dejando de lado el caso de la corrupción entre privados cuya necesidad es más que discutible, no presenta a mi juicio problemas de legitimación. Su peligro sobre todo es convertirse en un derecho penal ineficaz, carente de relevancia práctica, sobre todo en los casos de corrupción internacional. Este peligro solo puede ser conjurado mediante una evaluación legislativa eficaz de los resultados¹⁹¹. El Convenio OCDE ha puesto, como es conocido, un mecanismo de revisión que debería extenderse al conjunto de instrumentos internacionales y el Consejo de Europa creó en 1999 el GRECO (Grupo de estados contra la corrupción) que evalúa periódicamente las estrategias anticorrupción de los Estados miembros¹⁹². La evaluación no sólo contribuye a la eficacia, sino que también será un buen antídoto contra la petrificación legislativa que experimentan los tipos penales de un ordenamiento que por responder a una normativa internacional no pueden modificarse, o solo en márgenes muy estrechos, si no se modifica aquella¹⁹³.

¹⁹¹ Sobre la evaluación legislativa Díez Ripollés, *Un modelo dinámico de legislación penal*, Homenaje al Prof. Cerezo Mir, Madrid, 2003, p. 325 ss.

¹⁹² Más información en <http://www.greco.coe.int.>, e igualmente en la introducción de González Aznar a la *Evaluación sobre la corrupción en España*, realizada por el Greco, op. cit., p. 5 ss.

¹⁹³ Acerca de la inexistencia de un procedimiento de evaluación en los convenios anticorrupción comunitarios, vid. *Comunicación de la Comisión*, op. cit., p. 9 s, donde se propone la adhesión e la UE a los Convenios del Consejo de Europa con la finalidad de que el GRECO pueda evaluar los Convenios comunitarios.

2. Desde un punto de vista técnico resulta también preocupante la proliferación de convenios, sobre todo cuando se comprueba que existen diferencias significativas entre ellos. En esta materia me parecen especialmente preocupantes dos aspectos, claves en la lucha anticorrupción, en los que se hecha en falta mayor concreción. Primero: la definición del concepto de “funcionario público”, clave para la distinción entre corrupción pública y privada y clave además para disponer de un marco legal claro en los supuestos a caballo entre lo público y privado que son especialmente importantes en la corrupción contemporánea. Segundo: la falta de concreción de la expresión “infracción del deber” a la hora de describir la contraprestación del funcionario, pues deja en la zona de penumbra los caso más relevantes de la corrupción contemporánea: si el cohecho en actos políticos y discrecionales debe formar parte, y bajo qué condiciones, del cohecho propio. Y tercero: la expresión “ejercicio del cargo”, como muestra, de un lado, el Convenio OCDE y el del Consejo de Europa, y, de otro, los celebrados por la UE, no deja clara cual debe ser la ubicación del tráfico de influencias, si como una forma más de cohecho o como un delito autónomo.

3. La represión de la corrupción internacional es ilusoria si no se cuenta con la colaboración de las grandes empresas multinacionales¹⁹⁴. Estas a la vez que destinatarias de las normas penales, deben ser colaboradoras de los Estados occidentales. De hecho la mayoría de los instrumentos internacionales solicitan este compromiso requiriendo de las empresas la puesta en marcha de sistemas contables y de controles internos eficaces. La cuestión es cómo compatibilizar este compromiso con la sanción de las personas jurídicas, en el sentido de que aquí parece existir una paradoja político criminal: de un lado, se pide colaboración para prevenir y detectar la corrupción, pero de

¹⁹⁴ Claramente en este sentido *Comunicación de la Comisión*, op. cit., p. 18 s.

otro, en el caso de que la corrupción se descubra, la empresa será sancionada. Esta paradoja sólo existe desde la perspectiva penal europea. Los Convenios anticorrupción descansan en este punto en el sistema de sanción de las personas jurídicas existente en USA, el *Sentencing Guidelines for Organizations* de 1991. Este modelo, que es ante todo un modelo de responsabilidad de personas jurídicas fundamentado en la culpabilidad por defecto de organización, descansa en un principio político criminal tan simple como el de “palo o zanahoria”: si una empresa se organiza internamente para prevenir y descubrir infracciones o, simplemente, colabora con la justicia delatando al empleado que cometió una determinada infracción, le será aplicada una importante rebaja de la pena, que puede llegar incluso hasta su condonación. Por el contrario si se ha organizado mal, y no dispone de mecanismos preventivos alguno, y además no colabora ex post la sanción se aplicará en sus cotas más altas.

A mi juicio, este modelo de responsabilidad resulta de gran interés en un sector del derecho penal globalizado como es la corrupción, pues la colaboración de las empresas internacionales con el Estado, refleja un nuevo “pacto social”, que constituye una importante ayuda para paliar el déficit de aplicación y de eficacia del derecho que la globalización trae consigo. Sin esta colaboración la sanción de la gran corrupción internacional me parece ilusoria. Ganarse a través del sistema de “palo o zanahoria” la colaboración de la empresa multinacional es un medio probablemente más eficaz a corto plazo que el perfeccionamiento de los mecanismos de colaboración judicial y policial. Siendo realistas, si estos mecanismos son ya lentos y poco satisfactorios en países jurídica, cultural y hasta espacialmente cercanos como los de la EU, hay que ser un iluso para esperar que puedan funcionar correctamente cuando se trata de pedir colaboración a un país subdesarrollado, donde entre otras cosas, tanto el sistema policial como el judicial pueden ser altamente corruptos.

4. Este realismo debe llevar igualmente a reforzar los “caminos indirectos” en la represión de la corrupción. Ejemplo: es más fácil sancionar a la empresa por un delito de falsedad en la información contable, realizado como consecuencia de la creación de una “caja B” con la que se pagan sobornos, que probar efectivamente los distintos elementos del delito de cohecho. E igualmente ocurre si se utilizan los delitos patrimoniales como, singularmente, la administración desleal. En general estimo que el derecho penal societario es un instrumento imprescindible, como por otro lado muestra la experiencia italiana, en la represión de la corrupción. Y es que en el marco de la corrupción internacional los delitos societarios permiten la localización del comportamiento delictivo en el país donde la sociedad tiene su sede, con lo que se ahorran las complejas medidas de cooperación penal. En cualquier caso la represión eficaz de la corrupción tiene también como requisito que los mecanismos y obligaciones de cooperación policial y judicial que se establezcan abarquen también a estos “caminos indirectos” de sanción.

Dentro de esta estrategia de caminos indirectos se sitúa igualmente la creación de un status penal de las profesiones que tiene como objeto el control societario, como singularmente los auditores de cuentas y muy especialmente definir cuál es la estrategia principal a seguir para sancionar la tenencia o el tráfico de las ganancias delictivas: si el delito fiscal, el blanqueo de capitales o la introducción de un delito de ganancias ilícitas. Esta última figura resulta constitucionalmente cuestionable, y generará por ello numerosos problemas de cooperación judicial y policial. Como ya señalé, la aplicación del delito fiscal conjuntamente con el blanqueo de capitales me parece inobjetable, por lo que sería deseable que en este punto los Convenios internacionales superasen su timidez a la hora de exigir la aplicación del blanqueo de capitales a los productos procedentes de la corrupción.

5. Finalmente una política criminal moderna no descansa sólo en medidas de carácter penal. Los Convenios internacionales, tal como hace la Convención de Naciones Unidas o los 20 Principios directores contra la corrupción del Consejo de Europa, deben incidir en la necesidad de poner en marcha medidas de carácter extrapenal que incidan tanto en las administraciones nacionales como en los operadores económicos. Ahora bien, de nuevo en este punto hay que ser realista. Pensar que las administraciones de muchos países subdesarrollados van a regenerarse por la existencia de un convenio penal resulta ilusorio, por mucho que se coaccione a esta regeneración subordinando por ejemplo las ayudas internacionales a que se pongan en marcha una “hoja de ruta” anticorrupción¹⁹⁵. De nuevo, a mi juicio, la responsabilidad en la prevención, al menos a corto plazo, es tarea que compete a las grandes empresas internacionales. En este punto, aparte del desarrollo de controles internos, a lo que ya se ha hecho referencia, parece especialmente urgente el desarrollo de medidas de carácter civil como las propuestas en la Convención del Consejo de Europa, la Convención de Naciones Unidas o el “pacto de integridad” de Transparencia internacional. El que en la lucha contra la corrupción, “la pelota está en el tejado” de las empresas multinacionales debería ser el *leit motiv* de la política criminal internacional¹⁹⁶.

¹⁹⁵ En este punto conviene ser extremadamente cautelosos, pues al igual que ha ocurrido con al política antidrogas en países latinoamericanos, esta presión se traduce en un imperialismo puro y duro. No es de extrañar por ello que el art. 4 de la Convención de Naciones Unidas (Protección de la soberanía) señale: “que los Estados Parte cumplirán sus obligaciones... en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados”.

¹⁹⁶ En esta línea Rose Ackermann, *Globale Wirtschaft und Korruption*, en Pieth/Eigen (hrsg.) *Korruption in internationalen Geschäftsverkehr*, Luchterhand, 1999, p. 40 ss.

SECCIÓN III

Los Principios del derecho procesal penal y su aplicación a los procesos disciplinarios

José Garberí Llobregat
Catedrático de Derecho procesal. Albacete. UCLM

A. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Para una adecuada comprensión, debidamente contextualizada, del contenido de las contestaciones que a continuación se detallan a las diferentes e interesantes cuestiones que formula el Relator General, parece conveniente exponer, de manera preliminar, las siguientes breves consideraciones introductorias:

I

La imposición de sanciones en el ordenamiento español, mediante la aplicación del *ius puniendi*, se encuentra diversificada fundamentalmente en dos grandes frentes, jurisdiccional el uno y extrajurisdiccional el otro.

De un lado, y como constituye regla general en los Estados de Derecho, el ejercicio de la potestad punitiva corresponde a los Juzgados y Tribunales integrantes el orden penal de la Jurisdicción ordinaria (o Poder Judicial), en quienes concurren plenamente las garantías subjetivas de independencia e imparcialidad y las objetivas de la cosa juzgada y la sumisión al imperio de la Ley. De otro lado, las distintas Administraciones Públicas, quienes, a través del ejercicio de la potestad sancionadora, desempeñan igualmente la función pública de enjuiciar y reprimir, mediante la imposición de auténticas sanciones, las conductas infractoras que conforman el llamado *Derecho Penal Administrativo* (que, para adquirir sustantividad propia o cierta autonomía, se contrapone convencionalmente con el *Derecho Penal Criminal*), una de cuyas ramas o sectores lo constituye el objeto del presente Congreso, es decir, el *Derecho Disciplinario*.

De ahí que, en la práctica totalidad de las ocasiones, cuando en mi país se habla, doctrinal, jurisprudencial o legislativamente, de esta última rama del ordenamiento punitivo, con ello se quiere hacer referencia al ejercicio de la *potestad sancionadora de la Administración* sobre aquellos ámbitos (de dificultosa determinación, eso sí) en los que predomina un componente de *especial sujeción* entre los sujetos afectados (vgr. funcionarios públicos de todo orden, personas internas en establecimientos penitenciarios, estudiantes inscritos en centros educativos públicos, etc...) y la Administración Pública correspondiente.

Bien es cierto que de Derecho Disciplinario también podría hablarse en el *ámbito estrictamente privado*, es decir, en el desarrollo de relaciones jurídicas nacidas de la autonomía de la voluntad de las personas respecto de derechos e intereses jurídicos de su libre disposición que, con carácter general, no trascienden la esfera de la relevancia pública (vgr. disciplina estudiantil en centros educativos privados, disciplina estatutaria en el marco de las asociaciones deportivas privadas, etc...).

Pero, como a nadie se le oculta, estando tales relaciones regidas hegemónicamente por el *principio de la autonomía de la voluntad*, y recayendo además sobre un ámbito jurídico *libremente disponible por parte de su titular* (quien, por ejemplo, al asociarse a un ente jurídico cualquiera libremente se somete a las reglas y procedimientos disciplinarios estatutariamente previstos por el mismo), difícilmente se justifica reclamar también aquí la observancia imperativa de las garantías a que se refiere el Cuestionario. Y así, el propio Tribunal Constitucional español ha podido proclamar la inaplicación de dichos derechos y garantías en la imposición de *sanciones de Derecho Privado* (STC 69/1983, de 26 de julio).

II

En la delimitación del Derecho Penal Administrativo español, en cuyo seno, insistimos, se encuadra el Derecho Disciplinario, se advierten dos grandes hitos.

El primero de ellos lo constituyó en su día la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual, por vez primera en nuestra historia jurídica determinó que los principales derechos y garantías de incidencia en el proceso penal reconocidas en el art. 24 de la Constitución (principio acusatorio, presunción de inocencia, derecho de defensa, Juez legal, derecho a no declarar ni a autoincriminarse...) habían de ser también aplicables y respetadas en la órbita de la potestad sancionadora de la Administración y, por tanto, en el seno de los expedientes administrativos de índole disciplinaria.

El segundo paso de gigante anunciado vino de la mano de la aprobación, primero, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, la cual, al consagrar normativamente la observancia de la práctica totalidad de aquellos derechos y garantías (véanse sus arts. 133 a 138) en un procedimiento sancionador *común*, hizo que los mismos fueran igualmente aplicables en el específico marco de los expedientes de índole disciplinaria. Y posteriormente, del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el *Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora*, a través del cual se configura un minucioso cauce procedimental respetuoso con todos aquellos derechos y garantías que, por ostentar igualmente la condición de *común*, colma las eventuales lagunas que puedan surgir en cualesquiera regulaciones sectoriales específicas del procedimiento administrativo disciplinario.

III

En cualquier caso, quede ahora simplemente apuntado que las más sobresalientes especialidades que experimenta el Derecho Disciplinario en la esfera del respeto a los derechos fundamentales ostentan un ámbito material, relajando en dicha rama del ordenamiento punitivo las exigencias inherentes a los principios de *legalidad formal* y de *tipicidad* (véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987, 218/1989, 83/1990, 143/1995), que en este Congreso, de sesgo eminentemente procesal y procedimental, no resulta de interés desarrollar.

B. CONTESTACIÓN AL CUESTIONARIO

A) CUESTIONES GENERALES

1. Delimitación del campo de análisis.

1.1. ¿Cuáles son los ámbitos en los que las nociones de derecho y proceso disciplinario se utilizan de manera más corriente en su país, habida cuenta de la legislación, de la jurisprudencia y de la literatura jurídica nacionales?

Los ámbitos generales propios del Derecho disciplinario en España coinciden, básicamente, con los propuestos en el “Comentario al Cuestionario” del Relator General. También en mi país, dicha noción de *lo disciplinario* se predica esencialmente:

A) Del régimen estatutario de los Funcionarios Públicos civiles.

En el marco de la Administración General del Estado, la regulación aplicable se encuentra en el R.D. 33/1986, de 10 de

enero, del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. Algunos cuerpos de funcionarios tienen un régimen disciplinario específico, tales como, por ejemplo, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (Real Decreto 884/1989, de 14 de julio), o los Registradores de la Propiedad (Título XII del Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, reformado por Real Decreto 1526/1988, de 16 de diciembre).

Por lo que respecta a los Jueces y Magistrados, su régimen disciplinario se halla contemplado en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), donde se tipifican las diferentes infracciones y sanciones disciplinarias (arts. 416-420) y se desarrollan los principios y trámites del procedimiento disciplinario sancionador (arts. 414, 415, 421-427).

B) *Del régimen estatutario de los Funcionarios Públicos militares.*

La regulación del régimen jurídico de la disciplina de los ejércitos se encuentra en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, así como en la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (que legislativa y jurisprudencialmente es considerado a todos los efectos como un Cuerpo Militar).

C) *Del régimen de los internos en establecimientos penitenciarios.*

El Reglamento Penitenciario (aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) habla expresamente del “régimen disciplinario de los reclusos”, el cual desarrolla de manera pormenorizada los aspectos procedimentales y de determinación de las sanciones imponibles (arts. 231-262), en tanto que la tipificación de las infracciones disciplinarias penitenciarias

se halla en el anterior Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo), aún vigente a estos efectos.

D) *Del régimen de los deportistas.*

La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, contempla en su Título XI los criterios fundamentales del “régimen disciplinario deportivo”, que ha sido desarrollado por el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Deportiva.

E) *Del régimen de los trabajadores sometidos al Derecho Laboral.*

Es en este campo la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 58) reconoce la posibilidad de que los trabajadores sean sancionados disciplinariamente por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, y siempre de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable. En cualquier caso, además, las sanciones impuestas en este ámbito podrán ser revisadas ante los tribunales del orden social de la Jurisdicción ordinaria.

F) *Otros.*

Por último, dentro de la rama del ordenamiento punitivo que nos ocupa, sectorialmente también se habla en mi país, por ejemplo, del “régimen disciplinario de las entidades de crédito”, aplicable a estas mismas (en tanto que personas jurídicas) y también a las personas que ocupen cargos de administración, y que aparece dispuesto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. O también del “régimen disciplinario del mercado”, aplicable a quienes ofrecen al mercado productos, bienes o servicios (véase, por ejemplo, la Ley del Parlamento de Cataluña 1/1990, de 8 de enero, sobre la dis-

ciplina del mercado y de defensa de los consumidores y de los usuarios).

1.2. ¿En qué medida puede resultar de ello una distancia respecto de las definiciones propuestas en el § 1 del Comentario?

No se advierten contrastes significativos en los ámbitos materiales objeto de un régimen jurídico disciplinario en España con respecto a los propuestos por el Relator General en su “Comentario al Cuestionario”.

Es patente, sin embargo, que los términos *disciplina* o *disciplinario* igualmente se emplean en mi país con relación a fenómenos ordenados jurídicamente que nada tienen que ver con el concepto general de “Derecho Disciplinario” que propone el Relator General, es decir, como “conjunto de reglas de conducta que obligan a los miembros de un «grupo» particular”.

Así:

A) Dentro del ordenamiento punitivo (porque aquí también se trata de tipificar infracciones y de imponer sanciones a través de un procedimiento) pero fuera de dicha noción de Derecho Disciplinario (porque en los ámbitos que seguidamente se mencionan no cabe advertir la existencia de ningún “grupo particular” al que vaya dirigida la norma) se encuentra, por ejemplo, la llamada “*disciplina urbanística*” (objeto de desarrollo general en el Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio), o la denominada “*disciplina turística*” (que se contempla en diversas normas de carácter no nacional sino autonómico, tales como, por ejemplo, la Ley Navarra 14/1997, de 17 de noviembre, o la Ley de Aragón 5/1993, de 29 de marzo).

En estos ámbitos, como se ha dicho, no parece que quepa advertir la existencia de ningún colectivo o grupo, particular y suficientemente delimitado, de cuyos integrantes pueda reclamarse la exclusividad de la comisión de las infracciones que

las normas enunciadas detallan (como sí ocurre en los ámbitos descritos en la respuesta a la primera Cuestión), sino que afectan prácticamente al conjunto de la comunidad social.

B) Y fuera de dicha noción del Derecho Disciplinario, e incluso extramuros del ordenamiento punitivo (porque aquí ya no se trata de describir infracciones ni de imponer sanciones), también se utiliza el término *disciplina* para referirse a la necesidad de respetar y no distanciarse de previsiones iniciales impuestas, por ejemplo, en materia de ejecución de los presupuestos públicos (véase la Ley 11/1996, de 27 de diciembre, de Medidas de Disciplina Presupuestaria).

2. Fuentes del Derecho.

2.1. *¿Las fuentes internacionales y de la Constitución de su país tienen un lugar o efecto en la jerarquía de fuentes que rigen en las materias afectadas?*

La Constitución Española de 1978 no contiene normas relativas de manera específica al Derecho Disciplinario, aunque en ocasiones, y a propósito de la ordenación de otras materias, sí emplea en esos términos (así, por ejemplo, en su art. 28.1, y al proclamar el derecho fundamental a la libertad sindical, niega el mismo a los “Cuerpos sometidos a *disciplina* militar”; y lo mismo cabe decir del art. 29 respecto al derecho de petición), además de la mención que su art. 122.2 realiza al “régimen disciplinario” de Jueces y Magistrados para conferir esta atribución al Consejo General del Poder Judicial.

Pero la Constitución de mi país sí consagra diversos derechos y principios que, como se dirá a lo largo de la presente *contestación al Cuestionario*, han de ser observados en el ejercicio de la potestad punitiva disciplinaria, lo que impone la necesidad de que las normas jurídicas de rango inferior sometan sus contenidos a lo dispuesto en dichos derechos y principios constitucionales.

Algo similar acontece con relación a los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por España, alguno de los cuales (por ejemplo, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, hecho en Roma en 1950) establece derechos y principios aplicables en la órbita del Derecho Disciplinario, respecto de los cuales se cierne el mandato impuesto por el art. 10.2 de la Constitución, a tenor del cual:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

2.2. ¿Qué papel es el ejercido por la jurisprudencia (de las autoridades disciplinarias y/o de las jurisdicciones que conocen de los recursos) en la evolución de los procesos y procedimientos disciplinarios? En particular ¿hay decisiones o sentencias significativas en el sentido de una extensión de los principios procesales penales sea al campo disciplinario en general, sea a ciertos sectores de este ámbito?

En España hay que concluir de manera categórica que el papel desempeñado por la jurisprudencia (fundamentalmente la de nuestro Tribunal Constitucional) en la delimitación de las garantías que han de ser observadas en la aplicación del Derecho Disciplinario (y, en general, en el marco del Derecho Penal Administrativo) es absolutamente crucial y trascendental. Hasta el extremo de atreverme personalmente a afirmar que existe *un antes y un después* en la configuración de la materia que nos ocupa a raíz de los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la materia.

En concreto, y pese a la inexpresividad de la Constitución Española en este preciso aspecto, al Tribunal

Constitucional corresponde el mérito, ganado prácticamente desde el inicio de su andadura en la década de los años ochenta, de haber reclamado la aplicación de los principios y derechos de naturaleza penal y procesal consagrados en los arts. 24 (derechos a la defensa, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a una resolución motivada y congruente, a conocer los términos de la acusación, a no declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable, a la presunción de inocencia...) y 25 (principios de legalidad, de tipicidad, de proporcionalidad...) de la Constitución al ámbito de la potestad y del procedimiento sancionador de las Administraciones Públicas, algunas de cuyas esferas se inscriben en el más estricto marco del Derecho Disciplinario.

Tales trascendentales líneas jurisprudenciales se gestan por vez primera en las Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1981, de 30 de enero, y 18/1981, de 8 de junio, y continúan fundamentalmente en la STC 77/1983, de 3 de octubre, y en un nutrido conjunto de resoluciones posteriores (de las que también la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha hecho eco) a las que se aludirá en el lugar oportuno a lo largo de la presente *contestación al Cuestionario*.

2.3. ¿Se reconoce un poder reglamentario a las instituciones u organizaciones en el seno de las cuales se ejerce el poder disciplinario? ¿A qué nivel de jerarquía de fuentes?

En lo respecta a las instituciones u organizaciones públicas (vgr. establecimientos penitenciarios) el poder reglamentario lo ejercen los respectivos poderes ejecutivos que sean competentes, con la aprobación de normas de rango inferior (y, por ende, subordinadas) a la Ley. En los ámbitos puramente privados (vgr. asociaciones voluntarias), por el contrario, no existe, que sepamos, normativa general expresa al respecto. Pero, de haberla, ocuparía el último peldaño en una hipotética escala normativa jerárquica.

2.4. *¿Hay ámbitos en el interior de los cuales los poderes disciplinarios son ejercidos como consecuencia de reglas y de procesos totalmente autónomos respecto del derecho nacional?*

Si la premisa de la presente cuestión es la de la autonomía absoluta con respecto a las normas del ordenamiento nacional, la respuesta ha de ser aquí forzosamente negativa.

3. Relaciones entre sanciones y procedimientos disciplinarios.

3.1. *Conforme a su derecho nacional ¿cuáles son las sanciones generalmente aplicables por vía disciplinaria? ¿Cuáles son las sanciones más graves de entre ellas?*

Debido al monopolio existente en favor de la Jurisdicción Penal en orden a la imposición de sanciones privativas de libertad (art. 25.3 de la Constitución, interpretado a *sensu contrario*), puede afirmarse que la sanción disciplinaria por excelencia es la consistente en la pérdida o restricción de algún derecho estatutario propio del estatus jurídico del infractor. Así por ejemplo, en el Reglamento Disciplinario de los Funcionarios Públicos se tipifican las siguientes sanciones: separación del servicio, suspensión de funciones, traslado con cambio de residencia y apercibimiento (art. 14 del R.D. 33/1986). Mientras que, también a título de ejemplo, en el Reglamento de Disciplina Deportiva las sanciones son estas: pérdida de puntos o puestos en la clasificación, celebración de la prueba deportiva a puerta cerrada, clausura de recinto deportivo, inhabilitaciones y multas (art. 21 del R.D. 1591/1992).

Ocurre, sin embargo, que nuestra Constitución permite que, en el ámbito de la Administración Militar, sí puedan imponerse con carácter disciplinario sanciones que conlleven para el sujeto sancionado una auténtica privación de libertad, las cuales, por afectar a tan preciado derecho fundamental, han de

reputarse como las más graves de entre todas las sanciones disciplinarias posibles. Así por ejemplo, el Reglamento de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, junto a sanciones tales como la baja en centros docentes o la pérdida de destino, contempla igualmente la privación de salida de la unidad y el arresto de hasta dos meses en el correspondiente “establecimiento disciplinario militar” (art. 9 de la L.O. 8/1998). Y también prevé sanciones típicamente estatutarias tales como la pérdida de puestos en el escalafón, la suspensión de empleo o la separación del servicio (art. 18 de la L.O. 8/1998).

3.2. En particular, ¿son aplicables por vía disciplinaria sanciones (o medidas) restrictivas de la libertad personal o incluso más graves (sanción capital o sanciones corporales)?

Véase la respuesta a la cuestión anterior.

3.3. ¿Cuáles son los criterios conforme a los cuales las infracciones que conllevan sanciones restrictivas de la libertad personal o más graves se someten a la vía disciplinaria en lugar de ser juzgadas en el plano penal?

Teniendo en cuenta que esta clase de sanciones, por imperativo constitucional (art. 25.3) únicamente pueden imponerse en el ámbito de la Administración Militar, la exclusión en este punto de la Jurisdicción Penal se ha querido encontrar en razones ontológicas (fundamentalmente en la salvaguarda del valor “*disciplina de los ejércitos*”) y en la “*mayor venialidad*” de estas conductas.

Suficientemente ilustrativa al respecto es la Exposición de Motivos de la ya citada Ley Orgánica 8/1998, cuyos párrafos iniciales disponen lo siguiente:

“Resulta ser una constante histórica la preocupación por la protección de la disciplina militar mediante el establecimiento de normas que procurasen la adhesión a la misma y, en

caso de quebrantamiento, la inmediata reparación a través del ejercicio de las potestades disciplinarias atribuidas a los mandos militares.

(...) La disciplina, factor de cohesión que obliga a todos por igual, dice el artículo 11 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, será practicada y exigida como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, a la que la Institución Militar está subordinada. A su vez, el artículo 28 dice que la disciplina obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado. La adhesión racional del militar a sus reglas, fruto de la subordinación a valores superiores, garantiza la rectitud de conducta individual y colectiva y asegura el cumplimiento riguroso del deber.

En el aspecto normativo, un importante punto de inflexión en el régimen disciplinario supuso la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, que entró en vigor, simultáneamente con el Código Penal Militar, el día 1 de junio de 1986. La publicación de ambas normas tenía como primero y más aparente objetivo lograr una efectiva separación entre la esfera penal, comprensiva de conductas delictivas, y la esfera disciplinaria que, siguiendo el modelo de otros Códigos de Disciplina europeos, recoge aquellas conductas que, con independencia de su naturaleza y por su mayor venialidad, se reservan su sanción y castigo al mando militar como instrumento para el mantenimiento de la disciplina”.

3.4. ¿Su derecho nacional ha conocido ejemplos recientes de traslado de ciertas infracciones de régimen penal al régimen disciplinario o viceversa?

La política legislativa seguida en mi país no ha consistido en trasladar las conductas antijurídicas de la esfera penal a la disciplinaria, o viceversa, sino en duplicar la punición de dichas conductas en ambas esferas jurídicas, intentando salvar

el potencial riesgo de vulneración de la prohibición de *bis in idem* resaltando las supuestas diferencias existentes entre los bienes jurídicos que se tutelan desde el Derecho Penal y los que protege el Derecho Disciplinario (véanse las respuestas a las Cuestiones propuestas en el número 14).

La aprobación del vigente Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) supuso un hito de la referida política legislativa, pues en él se han criminalizado diversas conductas que hasta entonces venían siendo meras infracciones administrativas (vgr. delitos contra los consumidores -arts. 282 y 283-) o simples ilícitos civiles (vgr. delitos societarios -art. 290 a 297-).

Esta defectuosa visión del fenómeno punitivo ha motivado que, en la práctica forense, sea bastante frecuente que se trasladen a los tribunales de Justicia (incluido el Tribunal Constitucional) conflictos en los que se alega la lesión del principio *non bis in idem*.

3.5. En caso de una respuesta positiva a la cuestión (2.4), ¿existen límites en cuanto a la fuerza ejecutiva de las sanciones infligidas por las correspondientes autoridades disciplinarias?

Véase la respuesta a la cuestión (2.4).

4. Estatuto de los órganos de la justicia disciplinaria.

4.1. Si existen autoridades que pronuncian decisiones disciplinarias con fuerza ejecutiva reconocida por el derecho nacional ¿se les califica como “jurisdicciones disciplinarias”?

No. En España el término “Jurisdicción” lo reserva el ordenamiento para designar al “Poder Judicial” o “Jurisdicción ordinaria” (vgr. arts. 3, 4, 9 etc... de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Es decir, al conjunto de

Juzgados y Tribunales a los que se refiere el Título VI de la Constitución, así como para designar a la “Jurisdicción Militar” (art. 117.6 de la Constitución), única “Jurisdicción especial” que se legitima constitucionalmente en mi país.

Los términos “Jurisdicción Disciplinaria”, si bien pudieran haber sido empleados por la doctrina jurídica, ni son conocidos por el ordenamiento, ni resultan ser técnicamente correctos desde el punto de vista jurídico. Incluso las autoridades públicas que imponen sanciones disciplinarias (las gubernativas y administrativas, fundamentalmente) *no son Jurisdicción*, pues no sólo pertenecen formalmente a un Poder del Estado distinto al Poder Judicial, sino que además en el ejercicio de sus potestades carecen de las notas más esenciales propias del desempeño de la potestad jurisdiccional, cuales son la “independencia” y la “cosa juzgada”.

4.2. Abstracción hecha de todo problema de calificación formal, ¿el derecho nacional define (de manera explícita o implícita) el estatuto personal de los miembros de estos órganos o autoridades?

Con carácter general no. Las autoridades administrativas que imponen sanciones de índole disciplinaria no poseen un estatuto jurídico propio e individualizado como consecuencia de la ostentación de tal potestad punitiva, sino el régimen estatutario que le es propio en tanto que funcionarios o autoridades del Poder Ejecutivo.

Existen ciertos ámbitos sectoriales, sin embargo, donde sí se define el régimen jurídico de esos órganos, y de sus miembros integrantes, encargados de aplicar el Derecho Disciplinario. Así, por ejemplo, los arts. 58 a 63 del Reglamento de Disciplina Deportiva (R.D. 1591/1992) acometen la regulación del llamado “Comité Español de Disciplina Deportiva”, ordenando, respectivamente: su naturaleza, sus competencias, su composición, la forma de designa-

ción de sus miembros, la duración de su mandato y las causas de abstención y recusación, y su suspensión y cese.

4.3. En particular, ¿son su independencia e imparcialidad aseguradas por el Derecho?

Como se ha dicho en la respuesta a la cuestión (4.1), cuando el Poder Ejecutivo aplica el Derecho Disciplinario lo hace siempre como “Juez y parte”, de forma tal que de los miembros de sus órganos sancionadores, con carácter general, no puede predicarse, en buena técnica jurídica, su condición de *órganos independientes* en absoluto.

La nota de la imparcialidad, entendida como ausencia de prejuicios o intereses exclusivamente en relación con el presunto infractor y con los hechos infractores, puede decirse, en cambio, que queda en principio asegurada con la posibilidad de instar la abstención o promover la recusación del miembro o miembros del órgano administrativo o gubernativo disciplinario. Con carácter general, tales institutos garantes de la imparcialidad administrativa se regulan en los arts. 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

B) GARANTÍAS FUNDAMENTALES RELATIVAS AL DESARROLLO DEL PROCESO Y SU APLICACIÓN AL ÁMBITO DISCIPLINARIO

5. Poder disciplinario, «proceso justo o debido», presunción de inocencia.

5.1. La noción de «proceso justo o debido», conforme a las líneas trazadas por las convenciones y jurisdicciones internacionales de derechos humanos ¿resulta aplicable al menos en alguna medida, a los procedimientos disciplinarios en su país?

Como anteriormente quedó reseñado (y como se irá exponiendo a lo largo de la presente *Contestación*), en los procedimientos administrativos de índole disciplinaria rigen las garantías básicas o esenciales propias del “proceso debido” gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, pese a la inexpresividad de nuestra Constitución, viene entendiendo desde el año 1981 que la sustancial identidad ontológica entre las infracciones penales y las disciplinarias determina la aplicación a la represión de estas últimas de las garantías procesales propias del enjuiciamiento de las primeras.

Dicha línea jurisprudencial ha motivado que, en la nueva ordenación de la potestad sancionadora de la Administración, la antes citada Ley 30/1992 (en sus arts. 127 a 138), así como el R.D. 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración, hayan dado carta de naturaleza normativa, legal y reglamentaria, a dicho conjunto de garantías que, de este modo, aparecen hoy proclamadas en el Derecho positivo español.

5.2.¿Se garantiza la presunción de inocencia en esos procedimientos disciplinarios?

Sí. Además de la jurisprudencia constitucional que así lo reclama (Sentencias del Tribunal Constitucional 105/1988, 212/1990, 23/1995, 45/1997, 131/1997, 153/1997, 49/1999, entre otras), el art. 137 de la Ley 30/1992, intitulado precisamente “presunción de inocencia”, dispone lo siguiente:

“1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

2. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

3. Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

4. Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades.

Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable”.

La referida jurisprudencia constitucional, además, ha propiciado la aplicación al ámbito administrativo disciplinario, no sólo de la garantía básica en que consiste la presunción de inocencia (esto es, la necesidad de acreditar la culpabilidad mediante una actividad probatoria de cargo), sino también toda la doctrina constitucional desplegada a propósito del proceso penal, en extremos tales como, por ejemplo, la exclusión de las pruebas de valoración prohibida, o el valor limitado de la prueba testifical de referencia o del testimonio de los coimputados.

5.3. ¿Qué sucede en cuanto al principio del «tiempo razonable» de duración del proceso?

El que en mi país se denomina “derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” (art. 24.2 de la Constitución) no resulta de aplicación en la esfera administrativa disciplinaria. Ni las normas lo proclaman ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo ha manifestado de manera expresa (STC 26/1994, de 27 de enero, ATC 328/1986).

El procedimiento sancionador regulado en la Ley 30/1992 cifra en seis meses el tiempo máximo que puede transcurrir desde la emisión del acuerdo de iniciación del pro-

cedimiento hasta su resolución definitiva, bajo sanción de caducidad (art. 20.6 del R.D. 1398/1993). Dicho plazo, por lo demás, puede quedar suspendido por prejudicialidad penal o administrativa (arts. 5 y 7 del R.D. 1398/1993), o interrumpido por causa imputable al presunto infractor.

6. Justicia disciplinaria y «poder de acción».

6 1. ¿Cuáles son las relaciones entre las autoridades con capacidad para imponer sanciones disciplinarias y las autoridades que pueden desencadenar el procedimiento disciplinario?

Las potestades de incoación y decisión del procedimiento administrativo disciplinario no siempre suelen corresponder a órganos o autoridades diferentes, aunque en ocasiones, y sobre todo para la imposición de las sanciones de mayor gravedad, sí queda respetada dicha elemental garantía de la imparcialidad. Así, por ejemplo, los arts. 29 y 47 del Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado permiten que la misma autoridad que ordena la incoación del procedimiento sancionador pueda imponer la sanción de apercibimiento, mientras que la competencia para imponer las de separación, suspensión y traslado se confiere a órgano o autoridad distinta a la que promovió la incoación.

En España, en cambio, sí se respeta formalmente la garantía de imparcialidad que reclama la separación entre las funciones de instrucción y de decisión del procedimiento, de las que en todo caso se responsabilizan órganos o autoridades diferentes. Así lo recoge con carácter general tanto la Ley 30/1992 (art. 134.2: “*Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándola a órganos distintos*”) cuanto el R.D.

1398/1993 (art. 10.1: “... *sin que puedan atribuirse al mismo órgano (las competencias) para las fases de instrucción y resolución del procedimiento*”).

El hecho, sin embargo, de que la Administración intervenga en los procedimientos disciplinarios asumiendo el rol de *Juez y parte*, así como la vigencia en ese ámbito del *principio de jerarquía orgánica* (art. 3.1 de la Ley 30/1992), hace que las presentes garantías de la imparcialidad de las autoridades iniciadora, instructora y decisora quede prácticamente diluida.

6.2. *¿Se puede constatar alguna regla general de separación de las dos funciones?*

Véase la contestación a la cuestión (6.1).

6.3. *¿Hay ejemplos significativos de confusión de los dos poderes en las mismas manos?*

Véase la contestación a la cuestión (6.1).

7. Audiatur et altera pars, conocimiento de los cargos y preparación de la defensa.

7.1. *¿El inculpado por una infracción disciplinaria tiene derecho a ser oído y a presentar sus medios de defensa?*

Absolutamente sí. Toda la normativa postconstitucional reguladora del Derecho Procedimental Disciplinario recoge tal posibilidad, tanto sectorialmente (la práctica totalidad de los procedimientos disciplinarios contemplan expresamente semejantes derechos del presunto responsable) cuanto con carácter general.

En este último sentido, el art. 135 de la Ley 30/1992 establece que: “*Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos: (...) A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos*

por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes". Siendo tal previsión desarrollada por los arts. 16, 17 y 19 del R.D. 1398/1993 (donde se reconocen al presunto infractor hasta dos trámites de audiencia, además del derecho a proponer todos los medios de prueba que considere pertinentes a su defensa).

7.2. En lo que concierne a la formulación de las inculpaciones y su modificación ¿hay reglas susceptibles de garantizar en favor del acusado un conocimiento adecuado de las mismas, en particular, con el fin de que pueda tener el tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa?

También aquí la respuesta ha de ser categóricamente positiva. El mismo art. 135 de la Ley 30/1992, antes invocado, dispone con relación al extremo que ahora nos ocupa lo siguiente: *"Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos: A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia (...)"*.

Tal previsión es desarrollada por los arts. 13 y 18 del R.D. 1398/1993, relativos al acuerdo de iniciación del procedimiento y a la propuesta de resolución que ha de formular el instructor, respectivamente. En concreto, para contestar el acuerdo de iniciación (donde han de constar *"los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder"*) y proponer prueba se conceden al expedientado quince días, mientras que para hacer lo propio con la propuesta de resolución [donde *"se fijarán de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideran probados y su*

exacta calificación jurídica (y) se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que se propone que se imponga”] se le concede otro plazo de idéntica duración.

8. Derecho a un defensor.

8.1. *¿Se prevé el aseguramiento para el inculcado en materia disciplinaria de una asistencia efectiva por un abogado?*

No. El Tribunal Constitucional ha negado que el sujeto pasivo de un procedimiento administrativo disciplinario tenga derecho a ser asistido por un Letrado de oficio o de su confianza (STC 74/1985). Coherentemente con dicha jurisprudencia, la práctica totalidad de las normas aplicables no reconocen al expedientado este derecho, si bien, y por razón de la gravedad de las sanciones a imponer, se aprecian en este punto algunas significativas excepciones (por ejemplo, en el art. 242 del Reglamento Penitenciario, o en el art. 53 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas).

8.2. *¿Se trata de un abogado que el inculcado puede elegir “en el exterior” o bien de personas que pertenecen necesariamente al mismo “grupo” en el seno del cual se invoca la disciplina contra el inculcado? En este último caso. ¿se requiere alguna competencia profesional (sea legal, sea técnica)?*

Cuando se reconoce al expedientado este derecho no se le imponen límites algunos a la hora de elegir al Letrado que ha de asistirle y asesorarle.

8.3. *En todo caso, ¿se reconoce a la voluntad del inculcado algún papel en cuanto a la elección del defensor?*

Sí.

9. Prueba.

9.1. *¿Es aplicable a los enjuiciamientos disciplinarios el principio de la íntima convicción?*

Las normas jurídicas aplicables, salvo error u omisión por nuestra parte, no disponen nada al respecto. La única excepción donde se acoge el sistema de la prueba tasada o legal es la que reflejan los arts. 137.2 de la Ley 30/1992 y 7.3 del R.D. 1398/1993, en virtud de los cuales la declaración judicial de hechos probados en un proceso penal “vinculará” a la Administración Disciplinaria a la hora de valorar el conjunto de la actividad probatoria, debiendo conferir a aquélla un valor privilegiado.

La jurisprudencia, por su parte, se encuentra dividida entre la línea que postula la observancia del principio de la íntima convicción, mediante la *apreciación en conciencia* de los resultados probatorios deducidos conforme a las *reglas de la sana crítica, de la lógica o del criterio racional* (STS 3^a 7^a 2 de noviembre de 1990, STC 341/1993, de 18 de noviembre) y la que aboga por la vigencia del criterio de la prueba legal o tasada (SSTS 4^a 8 de abril de 1981, 5 de julio de 1985, 3^a 2^a 5 de febrero de 1990).

Personalmente pensamos que en materia disciplinaria, y con la excepción legal antes apuntada, debe regir el mismo sistema de valoración de la prueba que en el proceso penal, pues tanto en éste como en los procedimientos disciplinarios de lo que se trata es de apreciar la existencia de hechos infractores y de subsumir los mismos en una norma que acarrea consecuencias punitivas. Siendo idéntica la labor valorativa de los hechos y aplicativa del Derecho a realizar, idéntico ha de ser igualmente el sistema de valoración probatoria (esto es, el consagrado por el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “*El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la*

acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia...”).

9.2. *¿En qué medida se admite al inculpado que presente pruebas en su descargo?*

La proposición de pruebas a cargo del presunto infractor, en principio, no está sujeta a límites específicos. En el procedimiento administrativo común se confiere al instructor del expediente la facultad de abrir un periodo de prueba en la que se practicarán las que dicho presunto responsable haya propuesto en el trámite de contestación al acuerdo de iniciación del procedimiento, siempre que las mismas, eso sí, no se consideren por el instructor “*improcedentes*”, entendiéndose por tales las que no sean “*adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades*” (arts. 16 y 17 del R.D. 1398/93).

En este mismo sentido se manifiesta, por ejemplo, el art. 36 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, o el art. 244 del Reglamento Penitenciario.

9.3. *¿Se beneficia de un derecho de acceso a los datos guardados por el titular bien del poder disciplinario, bien del poder de desencadenar el procedimiento disciplinario?*

En este punto, y en la órbita de los expedientes disciplinarios promovidos por la Administración, son aplicables las normas generales sobre derecho de acceso de los administrados a archivos y registros públicos previstas en el art. 37 de la Ley 30/1992, que nos permitimos aquí reproducir:

“Artículo 37. Derecho de acceso a Archivos y Registros.

1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes

correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.

3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.

5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:

- a) *Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.*
- b) *Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.*
- c) *Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de*

los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

d) *Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.*

e) *Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.*

6. Se regirán por sus disposiciones específicas:

a) *El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.*

b) *El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.*

c) *Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.*

d) *Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.*

e) *El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley.*

f) *El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local.*

g) *La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.*

7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, cientí-

fico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

8. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.

9. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

10. Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración”.

9.4. ¿Hay posibilidades para el inculpado de interrogar o de hacer interrogar a los testigos de la acusación y de contestar a las demás fuentes de prueba contra él?

En cuanto a la primera cuestión, la ratificación por España del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos determina la obligación de observar en mi país lo dispuesto en sus arts. 6.3.d) y 14.3.e), que, respectivamente, proclaman el derecho de toda persona acusada de la comisión de una infracción punible de *“interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”*.

En cuanto a la segunda, el hecho de que la fase probatoria de los expedientes disciplinarios se ubique procedimental-

mente antes de la propuesta de resolución posibilita que, además de la facultad del presunto infractor de participar activamente en la práctica de la prueba (arts. 81 de la Ley 30/1992 y 17 del R.D. 1398/93), éste pueda contestar y rebatir los resultados probatorios adversos en el trámite de contestación a dicha propuesta del instructor.

10. Publicidad y secreto del procedimiento.

10.1. ¿Hay casos en que un procedimiento disciplinario se desarrolla total o parcialmente en público?

No existen disposiciones específicas al respecto en el Derecho español. Además, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que el derecho a un proceso público (reconocido para el ámbito jurisdiccional por el art. 24.2 de la Constitución) “*no es aplicable en su integridad a los procedimientos administrativos disciplinarios*” (SSTC 2/1987, de 21 de enero, 190/1987, de 1 de diciembre).

Se han aplicar, pues, las disposiciones generales en materia procedimental administrativa, constituidas por los arts. 60 (publicación de los actos administrativos) y 86 (información pública) de la Ley 30/1992, que aseguran la publicidad general de los actos dictados por la Administración. Si a dichas disposiciones se une el derecho del presunto responsable a conocer en cualquier momento el estado de la tramitación del procedimiento, a obtener copias y documentos y a identificar a las autoridades ante quienes se tramite el mismo (art. 35 de la misma Ley), debe concluirse en que la publicidad queda garantizada para el interesado en el expediente sancionador.

10.2. ¿Se reconoce a este respecto algún papel al consentimiento del inculpado?

Véase la contestación a la cuestión anterior.

11. Las decisiones disciplinarias: motivos, notificaciones, publicidad.

11.1. *¿Se requiere una exposición de los motivos que fundamentan la decisión, en particular cuando ésta supone la aplicación de una sanción?*

Sí. El art. 138 de la Ley 30/1992 exige que la resolución que culmina el procedimiento administrativo disciplinario sea “*motivada*”, debiendo la misma resolver “*todas las cuestiones planteadas en el expediente*” (análogamente se manifiesta el art. 20.2 del R.D. 1398/1993).

También la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sostenido que “*debe afirmarse la relevancia constitucional del deber de motivar las resoluciones administrativas sancionadoras. Frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales, tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (SSTC 36/1982, 66/1995 o 128/1997, entre otras). También en relación con actos administrativos que impongan sanciones. El derecho a la motivación de la resolución sancionadora es un derecho instrumental a través del cual se consigue la plena realización de las restantes garantías constitucionales que, como hemos visto, resultan aplicables al procedimiento administrativo sancionador. Así, de poco serviría exigir que el expedientado cuente con un trámite de alegaciones para su defensa, si no existe un correlativo deber de responderlas; o proclamar el derecho a la presunción de inocencia, si no se exige al órgano decisor exteriorizar la valoración de la prueba practicada y sus consecuencias incriminatorias*”.

11.2. ¿Se prevén a este respecto formas de notificación al inculpado?

Las resoluciones sancionadoras se notificarán obligatoriamente a los interesados (art. 20.5 del R.D. 1398/1993), pero sin que exista ninguna especialidad en cuanto a la forma de hacerlo. En consecuencia, las notificaciones se producirán en la forma ordinaria (arts. 58 y 59 de la Ley 30/1992).

11.3. ¿Hay formas de publicidad para estas decisiones?

Si por “decisiones” se entiende la resolución globalmente considerada la respuesta es negativa. Su contenido dispositivo condenatorio (es decir, la sanción que se impone), en cambio, puede en ocasiones acceder a determinados Registros (véase, por ejemplo, el art. 27.1 de la Ley de Disciplina de las Entidades de Crédito, o el art. 51 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos), o incluso ser publicado, para su general conocimiento, en el “Boletín Oficial del Estado” (vgr. art. 27.5 de la Ley de Disciplina de las Entidades de Crédito).

12. Vías de recurso.

12.1. ¿Tiene el inculpado derecho de hacer revisar la declaración de culpabilidad y la condena disciplinaria contra él por parte de una autoridad superior?

En el Derecho Administrativo Disciplinario se reconocen, con carácter general, dos vías endógenas de recurso a través de las cuales es posible revisar la resolución condenatoria, a saber: los recursos de reposición y de alzada (arts. 114 a 117 de la Ley 30/1992), donde son la misma autoridad sancionadora o su superior jerárquico, respectivamente, quienes acometen dicha labor revisora.

Sin embargo, esta última posibilidad del recurso de alzada únicamente opera en el caso en que la resolución sanciona-

dora *no ponga fin a la vía administrativa*, porque si la misma es dictada por órgano o autoridad que carezca de superior jerárquico, la única posibilidad es entonces acudir al estructuralmente ineficaz recurso de reposición (que, por ser competencia de la misma autoridad que ha impuesto la sanción, es una vía cuyas posibilidades de éxito se revelan empíricamente como nulas).

12.2. En particular, ¿tiene derecho a recurrir ante una jurisdicción independiente y con base en un procedimiento contradictorio?

Absolutamente sí. En cualquiera de los casos imaginables, y por imperativo dimanante del art. 24.1 de la Constitución (que consagra el derecho de todos a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales), el sujeto sancionado ostenta el derecho fundamental a acudir a los órganos del Poder Judicial o Jurisdicción ordinaria, que gozan plenamente de las garantías de independencia e imparcialidad, y que revisarán la legalidad de la sanción impuesta en el marco de un verdadero proceso respetuoso con las garantías de la contradicción y la igualdad de armas.

Así, cuando la sanción disciplinaria la imponga la Administración, el sancionado podrá interponer frente a la misma el llamado “recurso contencioso-administrativo”, regulado por la Ley 29/1998, de 13 de julio. Si la sanción se desenvuelve en el ámbito de las relaciones laborales, podrá acudir al proceso laboral especial de impugnación de sanciones (arts. 114 y 115 del R.D. Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral). Por último, si se le sanciona en la esfera puramente privada de las relaciones civiles, siempre podrá acudir a un proceso civil ordinario donde se fiscalice la regularidad del régimen de derechos y obligaciones dimanantes de dichas relaciones jurídicas.

13. Medidas provisionales, coercitivas y de conservación.

13.1. Durante el procedimiento disciplinario, ¿se admite que se adopten medidas provisionales (como la suspensión de funciones)?

Sí. Así lo permiten, con carácter general, los arts. 136 de la Ley 30/1992 y 15 del R.D. 1398/1993. El apartado segundo del último de los citados preceptos dispone que estas medidas provisionales “*podrán consistir en la suspensión temporal de actividades y la prestación de fianzas, así como en la retirada de productos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, y las demás previstas en las correspondientes normas específicas*”.

Y, específicamente, por ejemplo el art. 33 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos prevé la adopción cautelar de la medida de suspensión de funciones.

13.2. ¿La adopción de estas medidas es de la competencia de las mismas autoridades que ejercen el poder disciplinario?

Sí. La adopción de medidas cautelares es competencia de la autoridad a quien compete la resolución del expediente disciplinario (véase el ya citado art. 15 del R.D. 1398/1993) o, bien, más comúnmente aún, de aquella autoridad competente para acordar su incoación (arts. 33 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, 243 del Reglamento Penitenciario, 41 del Reglamento de Disciplina Deportiva).

13.3. ¿Se admite que estas autoridades ejerzan poderes coercitivos (en lo que concierne a medidas de registro, detención, prisión...) y que adopten igualmente medidas de conservación (como embargo...)?

Sí en lo que atañe a las que la cuestión denomina “medidas de conservación”. No respecto de las restantes, las cuales, por entrañar la privación o restricción de derechos fundamentales (intimidad, libertad personal...), constituyen un monopolio jurisdiccional que ni la Administración civil ni los sujetos del Derecho Privado pueden acometer por sí mismos.

Ahora bien, debido a que, como antes quedó expuesto (3.2), en la esfera de la disciplina militar a la Administración le es dado imponer sanciones privativas de la libertad personal, en ese ámbito sí es posible acordar a título cautelar o provisional medidas tales como el “arresto personal” (art. 55 de la L.O. del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas).

C) RELACIONES ENTRE PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS Y PROCESOS PENALES

14. Ne bis in idem.

14.1. ¿La apertura de un proceso penal por los mismos hechos tiene un efecto suspensivo sobre el procedimiento disciplinario?

Sí, pero siempre y cuando se aprecie entre uno y otro una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento punitivo (o bien jurídico protegido), lo que es fruto de la preferencia de la Jurisdicción penal en la represión de las conductas antijurídicas (SSTC 77/1983, 177/1999).

Así lo exige el art. 7 del R.D. 1398/1993, el cual, de este modo, permite que el expediente disciplinario continúe con su normal tramitación, pese a la pendencia de un proceso penal por los mismos hechos y frente al mismo presunto infractor, cuando la autoridad ante la que se siga aquél no advierta la concurrencia de esa tercera identidad de fundamento punitivo. En tal caso, pues, es posible proceder a una duplicidad san-

cionadora, penal y disciplinaria, sin que tal fenómeno (dada la diversidad teórica de bien jurídico protegido sobre el que recae la actuación punitiva) entrañe la vulneración del principio *non bis in idem* (así, al menos, lo declara la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -SSTC 2/1981, 66/1984- y la del Tribunal Supremo -SSTS 4ª 14 de diciembre de 1982, 2 de febrero de 1984, 13 de diciembre de 1985, 7 de octubre de 1986, 3ª 18 de febrero de 1985, 5ª 19 de abril de 1985, 3ª 7ª 13 de marzo de 1991-).

14.2. ¿En caso de que un hecho permita dos calificaciones –penal y disciplinaria– hay límites para la acumulación de sanciones?

No. De permitirse la duplicidad punitiva, penal y disciplinaria, las sanciones que recaigan en una y en otra sede punitiva no experimentan límite alguno, operan de manera absolutamente independiente entre sí, incluso aunque sean de la misma naturaleza.

Cosa distinta acontece en los casos en los que, existiendo la triple identidad de hecho, sujeto y fundamento, una indebida aplicación de las normas jurídicas (que evite la obligada suspensión del expediente disciplinario por pendencia de un proceso penal) posibilite que, después de que la Administración haya sancionado, los Tribunales penales se vean en la posición de tener que sancionar por segunda vez. Respecto de tal hipótesis, un primer y plenamente acertado pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional (STC 177/1999) determinó la improcedencia de la imposición de esa segunda sanción penal, que de irrogarse lesionaría la prohibición de *bis in idem* (todo ello sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad en que hubiese podido incurrir la autoridad administrativa que incumplió su obligación de suspender la tramitación del expediente ante la pendencia del proceso penal). Desgraciadamente, sin

embargo, el Pleno de dicho Tribunal, en la reciente STC 2/2003, de 16 de enero, ha cambiado de opinión, proclamando que cuando el tribunal penal modula la sanción atendiendo a la ya irrogada por los mismos hechos, al mismo sujeto y con el mismo fundamento por la Administración, no se vulnera aquella prohibición.

Desgraciadamente, decimos, porque tal planteamiento deja al *non bis in idem* reducido a un plano puramente cuantitativo, olvidando su verdadera naturaleza de interdicción de carácter cualitativo o material, que despliega efectos incluso en el plano de la política legislativa descriminalizadora. Ahora, en suma, todo vale con tal de que la última autoridad que sancione tenga en cuenta (para descontarla de la que ella imponga) la sanción ya impuesta por los mismos hechos, al mismo sujeto y por igual fundamento punitivo.

14.3. ¿En qué medida la decisión disciplinaria debe tener en cuenta las sanciones penales eventualmente infligidas por el mismo hecho?

Véase la contestación a la cuestión anterior.

14.4. ¿La puesta en marcha de una persecución por los mismos hechos tiene alguna influencia sobre el ejercicio de los poderes mencionados en el punto (13)? ¿Qué sucede a este respecto en caso de reenvío a juicio, de condena, de absolución?

Las normas aplicables no prevén vinculación alguna en este sentido, ni, que sepamos, la jurisprudencia o la doctrina se han hecho eco de semejante cuestión. En todo caso, la conclusión del expediente disciplinario por reenvío de las actuaciones a la Jurisdicción penal ha de comportar el automático levantamiento de todas las medidas provisionales que hubiesen sido adoptadas, a la espera de las que pueda adoptar, en su caso, la autoridad judicial.

15. Relaciones concernientes a las pruebas.

15.1. ¿Se admite que el juez penal utilice pruebas obtenidas en el seno de un procedimiento disciplinario?

En España resulta absolutamente inconcebible que en el proceso penal, donde rige de manera absoluta el *principio de inmediación en la práctica de la prueba*, un tribunal pueda sin más tener por probado un hecho determinado que haya sido objeto de la oportuna actividad probatoria en un expediente disciplinario. De forma que, en la sentencia, el Juez penal no podrá tener por probados mas que aquellos hechos que se hayan erigido en objeto de la actividad probatoria practicada en el juicio oral con todas las garantías (de contradicción, inmediación y publicidad).

Tal circunstancia, sin embargo, no impide que las actuaciones documentadas de los expedientes disciplinarios puedan acceder al proceso penal en calidad de *prueba documental*, sujeta, eso sí, al principio de la libre valoración (sin ostentar, por tanto, valor tasado o privilegiado alguno) (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

15.2. ¿Se admite que el juez disciplinario utilice pruebas obtenidas por un juez penal?

Aquí la respuesta es diametralmente opuesta a la anterior. Tal y como establece el art. 137.2 de la Ley 30/1992, los *“hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien”* (en igual sentido, art. 7.3 del R.D. 1398/1993).

Se trata, pues, de un supuesto de valoración tasada de la prueba, que vincula tanto a la autoridad administrativa decisora del expediente disciplinario, cuanto a la autoridad instructora a la hora de inadmitir aquellos medios de prueba que pretendan reiterar o contradecir el relato de hechos probados contenido en una resolución judicial penal firme.

15.3. *¿El inculpado por una infracción disciplinaria, tiene el derecho a no declarar o permanecer en silencio para no verse sometido a una acusación penal?*

Sí. Tal manifestación pasiva del derecho de defensa se encuentra implícitamente proclamada en el art. 135 de la Ley 30/1992, en cuanto consagra el derecho de defensa activa (a formular alegaciones y proponer prueba) del presunto infractor.

Por si ello no fuera suficiente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (vgr. SSTC 197/1995, 202/2000) ha considerado que dicho derecho fundamental o no declarar ni a autoincriminarse, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, es igualmente aplicable en la esfera del Derecho Penal Administrativo.

D) CONSIDERACIONES FINALES

16. En favor o en contra de una más amplia aplicación de los principios fundamentales.

16.1. *¿Es deseable que en el ámbito de los procedimientos disciplinarios se dé una más amplia aplicación de los principios fundamentales del proceso penal (o de algunos de ellos) en vigor conforme a su derecho nacional?. En resumen: ¿en qué medida?*

A juicio de quien suscribe, la existencia de un poder sancionador disciplinario en manos ajenas a la Jurisdicción Penal (cuyos miembros, por estar estructuralmente dotados de las garantías de independencia e imparcialidad, y por tener que ejercitar la potestad jurisdiccional necesariamente a través de un mecanismo normalizado, el proceso, informado por las garantías de contradicción e igualdad, son en verdad los únicos que en un Estado de Derecho debieran estar legitimados para hacer algo tan dañino para con los derechos individuales

de los ciudadanos como es actuar el *ius puniendi*) sólo puede justificarse por razones formales de oportunidad y de urgencia en la reacción al hecho antijurídico. Si la Jurisdicción Penal pudiese afrontar con prontitud y eficacia el enjuiciamiento de todas las conductas infractoras, la imposición de sanciones en sedes no jurisdiccionales difícilmente se justificaría desde un punto de vista constitucional.

Siendo ello así, siendo, en suma, condicionantes políticos y sociológicos los que determinan la existencia de un Derecho Disciplinario no Penal, lo menos que puede pedirse es que en el tratamiento procedimental de las conductas infractoras (que en el momento presente, al menos en mi país, pueden comportar sanciones de muy considerable gravedad) se respeten *todas y cada una* de las garantías propias del enjuiciamiento procesal penal de las conductas tipificadas como delito, *sin excepción*. Más aún desde el momento en que el recurso argumental que justifica la ausencia de algunas garantías en los expedientes disciplinarios como justa contrapartida a la ulterior posibilidad de obtener un control jurisdiccional pleno de la sanción que pueda imponerse, en la práctica ha caído por su propio peso dada la carestía del proceso jurisdiccional (que obliga al sancionado a contratar los servicios de un Abogado y de un Procurador), la doctrinalmente denunciada ineficacia del sistema de medidas cautelares propia del “recurso contencioso-administrativo” (que, en ocasiones, hace que la sanción disciplinaria pueda ser ejecutada mientras se sustancia el proceso promovido frente a la misma), y la no menor defectuosidad del sistema de imposición de las costas procesales en ese mismo ámbito (donde, al no regir el sistema objetivo del vencimiento, es perfectamente posible, y hasta frecuente, que el sujeto sancionado consiga que se anule la sanción, sí, pero teniendo que satisfacer con cargo a su propio patrimonio todos los gastos y costas que le haya supuesto lograr dicha anulación jurisdiccional).

De ahí que reclamemos que derechos de los inculcados penales, tales como la asistencia letrada (que hace que, en caso de insuficiencia económica, se tenga derecho a ser asistido por un Letrado de oficio) o como el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, que hoy en día no recogen nuestras normas ni la jurisprudencia de nuestros tribunales, sean igualmente reclamable en el seno del Derecho Disciplinario.

16.2. ¿Es deseable que los principios consagrados por las Cartas internacionales de Derechos Humanos sean reconocidos como principios aplicables en este campo? ¿Habría que considerar necesariamente alguna excepción a este respecto?

Es deseable, sí, aunque en España no parece que tal extensión resulte absolutamente imprescindible, dado lo generoso y avanzado del catálogo de derechos fundamentales de incidencia procesal que consagra nuestra Constitución. Sea como fuere, el art. 10.2 de la Constitución Española, como se dijo al comienzo, obliga a todos a interpretar dicha catálogo de derechos fundamentales “*de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

SECCIÓN IV

Competencias criminales nacionales e internacionales y principio de *non bis in idem*

María del Mar Díaz Pita
Profesora Titular de Derecho penal. Sevilla.
Universidad de Sevilla

I. NE BIS IN IDEM EN EL ÁMBITO (NACIONAL) INTERNO

1. ¿Es el principio *ne bis in idem* un principio reconocido en el derecho nacional?

a) El principio *non bis in idem* constituye uno de los principios fundamentales del derecho penal, consistente en la prohibición de la aplicación de una doble sanción a un mismo sujeto por la comisión de unos hechos idénticos. Este principio se deriva directamente del principio de legalidad penal, consagrado en el art. 25 de nuestra Constitución. Este principio ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina penal, sobre todo en lo que se refiere a la concurrencia entre el derecho penal y el derecho Administrativo sancionador, con especial hincapié en aquellos supuestos en los que los sujetos que cometen los hechos mantienen una especial relación de vinculación con la administración. De este modo, los hechos cometidos, aparecen tipificados como delitos en el Código penal, pero a la vez constituyen el supuesto de hecho de una infracción de carácter administrativo. Por ello, los supuestos que normalmente son objeto de examen por parte, sobre todo, del Tribunal Constitucional, se refieren a los casos mencionados, en los que la identidad de los hechos puede conllevar la imposición de una sanción de carácter penal, por un lado, y de carácter administrativo, por otro. Respecto de la postura de Tribunal Constitucional, podemos destacar la Sentencia 94/1986 de 8 de Julio, siguiendo la jurisprudencia constante comenzada por este Tribunal en la Sentencia 17/1981 de 1 de junio.

Según el Tribunal Constitucional, el principio *non bis in idem* no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa pero esta omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento puesto que dicho principio está íntima-

mente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 de la Constitución española. Según el Fundamento Jurídico 3 de la citada sentencia del Tribunal Constitucional, este principio “impone por una parte la prohibición de que, por parte de la autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del “*ius puniendi*” del Estado y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado de una relación de supremacía especial de la administración, esté justificado el ejercicio del “*ius puniendi*” por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la administración”.

Podemos así, distinguir tres líneas en cuanto a la eficacia del principio del *non bis in idem*:

– en primer lugar, este principio supone la prohibición expresa de la imposición de sanciones **iguales** por parte de autoridades de un mismo orden. Es decir, queda prohibida la aplicación de dos sanciones a imponer por tribunales del mismo orden, o sea, tribunales penales, respecto de una misma conducta llevada a cabo por un mismo sujeto. No puede así ser castigado un mismo sujeto por un mismo hecho dos veces.

– en segundo lugar, este principio supone también la prohibición de aplicación de sanciones **distintas** en lo que se refiere especialmente a los posibles conflictos de aplicación de sanciones de carácter penal y de carácter administrativo. La prohibición se basa en estos supuestos, en la exclusión de la posibilidad del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, que se manifiesta principalmente en la aplicación de las normas penales y las normas administrativas.

– en tercer lugar, la excepción a la regla, que consiste en la posibilidad de doble aplicación de sanciones penales y administrativas en aquellos casos en los que el sujeto se encuentre en una

relación especial de sujeción respecto de la Administración. Esta especial situación permite y justifica el ejercicio del *ius puniendi* estatal a través de la aplicación de las sanciones penales por parte de los Tribunales ordinarios y, paralelamente, el ejercicio de la potestad sancionadora asignada a la Administración.

Este principio, como decíamos, gracias sobre todo a la jurisprudencia del Tribunal constitucional español¹, ha ido delimitándose y ampliándose paulatinamente, de manera que podemos advertir dos manifestaciones del mismo, que a su vez, determinarán el ámbito de aplicación y el despliegue de sus efectos. Podemos distinguir así el llamado principio *non bis in idem material* y el llamado *non bis in idem procesal*, que vendrían a ser las dos caras de una misma moneda. Respecto a la primera de sus manifestaciones debemos resaltar la Sentencia del Tribunal Constitucional español 154/1990 en la que se dibujan claramente las líneas del contenido de este principio en relación al primero de los puntos que señalábamos más arriba como expresión de su contenido, es decir, la imposibilidad de la imposición de una doble sanción igual. Así, el Tribunal Constitucional declara en dicha sentencia que: “Este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero ello no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos. El principio *non bis in idem* es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamento, objeto o causa material y

¹ Véase, al respecto, con amplitud, Pérez Manzano, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002, págs. 26 y ss.

acción punitiva. Se impide sancionar dos veces por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea, que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción”.

En cuanto al aspecto procesal del principio *non bis in idem*, este se incardina junto a la necesidad del respeto escrupuloso a la cosa juzgada que como excepción, impide el sometimiento de un sujeto a un doble procedimiento. De esta faceta procesal del *non bis in idem*, se extraen, por parte de la jurisprudencia constitucional dos consecuencias principales: por una parte, la supremacía del orden penal frente al orden administrativo sancionador y, por otra, la vinculación, con carácter necesario, de la administración en cuanto a la determinación de los hechos por parte de la Jurisdicción penal. Estas dos líneas básicas a raíz, sobre todo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, se han desarrollado con mayor amplitud de modo que, siguiendo a Muñoz Lorente, podemos distinguir los siguiente efectos del principio *non bis in idem* en su llamada vertiente procesal. Según este autor² “se podría decir que la vertiente procesal del *non bis in idem*, cuando un hecho pueda ser constitutivo de delito y, a la vez, de una infracción administrativa y exista esa triple identidad³, implica:

– Por un lado, y en términos generales, la prohibición de sometimiento a un doble proceso sancionador dado que ese

² Muñoz Lorente, *La nueva configuración del principio non bis in idem*, Madrid, 2002, págs. 40 y ss.

³ Se refiere el autor a la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento en la que se apoya el Tribunal Constitucional como base de la prohibición de incurrir en *bis in idem*.

doble enjuiciamiento –administrativo y penal– podría llevar a vulnerar la vertiente material del principio, esto es, a imponer dos sanciones.

– De otro lado, implica también la preferencia en el análisis y enjuiciamiento de los hechos por parte de la jurisdicción penal, *la obligación de la administración de poner en conocimiento de la jurisdicción ordinaria los hechos que pudieran ser constitutivos de delito* y, tras esa puesta en conocimiento, la consiguiente paralización del procedimiento sancionador administrativo en tanto no recaiga sentencia firme;

– En tercer lugar, y derivado de esa prevalencia penal en el conocimiento de los hechos, la preferente imposición de la sanción penal si los hechos son susceptibles de subsumirse en algún precepto penal y el consiguiente bloqueo de una posterior sanción administrativa si concurre la triple identidad a la que antes se ha aludido;

– En caso de no imponerse una sanción penal, la vertiente procesal del principio implica también un total y absoluto respeto por parte de la administración hacia los hechos probados de la sentencia absolutoria penal a los que, indubitadamente, se ve encadenada para la imposición de la sanción administrativa;

– Derivado de la consideración anterior, también implica la prohibición absoluta de imposición de la sanción administrativa si el tribunal penal ha declarado expresamente los hechos como no probados. En otros términos, lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica extensible no sólo frente a otros órganos jurisdiccionales penales, sino también frente a cualquier órgano administrativo.”

Las relaciones de interdependencia entre ambas vertientes, material y procesal, del principio *non bis in idem*, dan lugar, a partir de esta sentencia, a la determinación de la supremacía de una frente a otra, cuya explicación encuentra mejor acomodo en un momento posterior en el que analizaremos la

“ratio” y el fundamento en el que se apoya este principio en nuestro ordenamiento.

b) En cuanto al reconocimiento de este principio en el ordenamiento jurídico español, podemos encontrar varias manifestaciones del mismo. Como derecho fundamental, el principio *non bis in idem* aparece como parte integrante del art. 25 de la Constitución española, que contempla expresamente el principio de legalidad penal. A partir del año 1981, el Tribunal Constitucional español declara que, efectivamente, este principio deriva de aquél “como consecuencia de la vinculación de la prohibición de acumulación de sanciones con los derechos a la legalidad y tipicidad de las infracciones”⁴. La interdicción del *bis in idem*, se expresa también en la legislación ordinaria, como por ejemplo en el Código penal, en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), en el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (REPEPOS) y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim). Así, el Código penal, en su artículo 67, en referencia a las circunstancias agravantes, expresa la prohibición de *bis in idem* en los siguientes términos: “Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”. En cuanto a la LRJAP-PAC, su art. 133 contempla la prohibición de *bis in idem* en los siguientes términos: “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”. Por su parte, el art. 5.1 del REPEPOS, se refiere a este particular en

⁴ Pérez Manzano, *La prohibición...* cit., pág. 24.

similares términos. En cuanto a la LeCrim, se contempla en ella la vertiente procesal del principio *non bis in idem*, como excepción de cosa juzgada, en sus arts. 666 y 793.2, en los que se prevé su proposición como artículo de previo pronunciamiento, a plantear previamente al comienzo del juicio oral o su alegación al comienzo del mismo en el procedimiento penal abreviado.

Desde la perspectiva internacional, España es Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (hecho en Nueva York con fecha 19 de diciembre de 1966) desde el año 1977. Como Estado parte de dicho Pacto y en virtud de lo establecido en los arts. 96 de la Constitución española y 1.5 del Código civil, el contenido del mismo pasa a formar parte vigente del ordenamiento jurídico interno español. En este sentido, el contenido del art. 14.7 del PIDCP establece que “Nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. Como afirma Pérez Manzano “el derecho incluye tanto la prohibición de doble proceso como la de doble sanción, pero en ambos casos se exige que la condena o la absolución sea definitiva, es decir, que se hayan agotado los recursos y que hayan transcurrido los plazos para adquirir firmeza las resoluciones dictadas en el proceso”⁵. Del mismo modo, el art. 4 del protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado por España el 22 de Noviembre de 1984 pero no ratificado (por lo que sería recomendable su ratificación) resulta más explícito en cuanto al tratamiento de este principio. Así, dicho artículo establece que:

“1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por

⁵ Pérez Manzano, *La prohibición constitucional...* cit., pág. 43.

la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada.

3. No se autorizará excepción alguna al presente artículo en virtud del artículo 15 del Convenio”.

2. ¿Cómo se contempla la *ratio* sustentadora del *ne bis in idem*?

La *ratio* sustentadora del principio *non bis in idem* podemos asentarla en dos bases fundamentales. En primer lugar, consecuencia lógica de su inclusión, por vía interpretativa, en el art. 25 de la Constitución española, el principio *non bis in idem* se configura como consecuencia necesaria del principio de legalidad y taxatividad de las leyes penales y sancionadoras restrictivas de derechos. El mandato de legalidad y de taxatividad nos devuelven al principio fundamental de la seguridad jurídica, de manera que a todo ciudadano le asiste el derecho de conocer de forma previa y establecida a través de una ley, cuáles son las conductas que el ordenamiento jurídico considera bien como delitos, bien como infracciones administrativas y, a su vez, cuál es la respuesta que el ordenamiento jurídico reserva para el caso de la comisión de dichas conductas, es decir, cuál es la sanción, penal o administrativa, asignada a las mismas. El principio de seguridad jurídica engloba a la prohibición de incurrir en *bis in idem* en el sentido de que el ciudadano puede confiar en que unos hechos que han sido castigados siguiendo las prescripciones legalmente establecidas en cuanto al proceso a través del cual se sustanciaron y analizaron dichos hechos, no van a volver a ser tratados por la

misma jurisdicción o por otro órgano del Estado, o, utilizando la expresión de Muñoz Lorente, se trata de salvaguardar “la confianza del ciudadano en que lo ya sancionado -administrativa o penalmente- no va a volver a serlo cuando concurre la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento”⁶. Desde esta configuración del principio del *non bis in idem* como derecho de defensa del ciudadano y de garantía frente al Estado se pronuncia el Tribunal Constitucional en sentencia 177/1999 en los siguientes términos: “Desde esta perspectiva sustancial, el principio de *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del “ius puniendi” del Estado”.

La segunda de las bases sobre las que se asienta la prohibición de *bis in idem* sería el principio de proporcionalidad de las sanciones frente a las conductas ilícitas. En efecto, el legislador, a la hora de tipificar una conducta como delito o a caracterizarla como infracción de carácter administrativo, establece, precisamente en función de la gravedad de la misma, la sanción a imponer en caso de comisión de dichas conductas. Sin entrar en la discusión de cual de las dos sanciones –la penal o la administrativa- resultaría de mayor gravedad, lo cierto es que la imposición doble de una sanción a un mismo hecho quebraría el principio de proporcionalidad de las penas como respuesta adecuada y elegida por el legislador para la conducta de que se trate. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en S. 154/1990 declara que “Esa adecuación lleva al legislador a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de las que habrán de actuar los criterios de

⁶ Muñoz Lorente, *La nueva configuración...* cit., págs. 51 y ss.

graduación, pero aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como “autosuficiente” desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido”.

3. Presupuestos y alcance del *ne bis in idem*.

a) Respecto de la interpretación del “idem”, es esta una cuestión debatida en la doctrina procesalista, barajándose, tradicionalmente, dos teorías: la primera de ellas, basa la identidad del hecho como presupuesto de la prohibición de *bis in idem* en el “hecho natural o hecho desnudo”; la segunda de ellas, por el contrario, en el llamado “hecho calificado”. Se podría afirmar que la primera de ellas cuenta con más partidarios que la segunda, es decir, para la doctrina mayoritaria, el presupuesto de la prohibición que nos ocupa es un hecho y no un crimen. Sin embargo, la interpretación de este hecho tampoco se lleva a cabo de una forma estrictamente naturalística, sino llegando a una conclusión intermedia, en el sentido de que los hechos que se enjuician y que determinan la identidad o no en función de esta prohibición, deben ser examinados a la luz de la propia tipificación de los mismos tanto en el ámbito penal como en el administrativo. Es decir, para fundamentar la prohibición de *bis in idem*, se entiende que los hechos son idénticos cuando hablamos de “**supuestos de hecho** contemplados en la norma”, o, lo que es lo mismo, se ha de tener en cuenta, partiendo evidentemente del desarrollo naturalístico de los hechos, aquellos elementos que “en su consideración

conjunta, han sido tomados por el legislador para construir el supuesto de hecho de la sanción”⁷. La posibilidad, pues, de que un hecho acaecido sea **subsumible** en una norma y que esa subsunción permita la imposición de la sanción es lo que determina la identidad del hecho en la que se fundamenta la prohibición del *bis in idem*.

b) La prohibición de *bis in idem* afecta de igual manera a las decisiones de tribunales de un mismo orden, es decir, afecta a sanciones de igual naturaleza, como a decisiones de instancias de distintos órdenes, como serían los tribunales penales y las autoridades administrativas junto con los tribunales de lo contencioso-administrativo.

España no se configura como un Estado federal sino como un Estado conformado por Comunidades Autónomas. Las Comunidades Autónomas no tiene potestad para la promulgación de leyes penales, que queda reservada en exclusiva al Estado a través de leyes orgánicas. Por lo tanto, el conflicto entre normas penales no puede darse en la realidad. Sin embargo, las Comunidades Autónomas, en función de sus diversos estatutos de autonomía, sí ostentan la potestad para la promulgación de normas de carácter administrativo. Por ello, se puede plantear el conflicto entre una administración de carácter autónomo que ejerza su potestad sancionadora respecto de unos hechos constitutivos de infracción administrativa contemplados como tal en la legislación de carácter autonómico y que puedan converger con la tipificación de determinadas conductas como delitos. En estos supuestos, la resolución del conflicto vendrá por la misma vía de resolución en los casos en que la infracción administrativa se contemple en una norma de carácter estatal. O sea, la prohibición de *bis in*

⁷ Pérez Manzano, *La prohibición constitucional...* cit., págs. 101 y ss.

idem ostenta la misma vigencia y se fundamenta en los mismos principios independientemente de la naturaleza estatal o autonómica de la legislación administrativa que converja con la legislación penal.

c) Las sentencias que ponen fin al proceso penal, una vez que éstas sean firmes, es decir, que no quepa contra ellas recurso alguno, adquieren fuerza de cosa juzgada material. Y esta fuerza la adquieren, independientemente de que la sentencia sea condenatoria o absolutoria. No ocurre así con las causas sobreseídas provisionalmente, que no producen el efecto de cosa juzgada. Por el contrario, el archivo de un proceso penal en fase previa o de instrucción por entender que los hechos no son típicos, o, dicho de otro modo, que los hechos no revisten carácter de delito, producirá efecto de cosa juzgada cuando ese archivo devenga firme, por lo que no se podrá acusar a esa persona por esos hechos.

Las sentencias absolutorias pueden ser impugnadas por cuestiones de fondo o por cuestiones procesales o de forma. En el primero de los supuestos, la impugnación o revisión del proceso, se interpreta como una segunda instancia, en tanto que se podrá llevar a cabo una nueva valoración de la actividad probatoria que tuvo lugar en la primera instancia. Pero la posibilidad de revisión de la actividad probatoria y el entendimiento de la misma como una segunda instancia no supone, sin embargo, una quiebra de la prohibición de *bis in idem*, puesto que nos encontramos ante sentencias **definitivas**, pero no firmes. Ello significa que no producen efecto de cosa juzgada material, con lo cual, la revisión no podrá ser interpretada como quiebra y ni siquiera como excepción a la prohibición de *bis in idem*. En cuanto a la revisión basada en cuestiones formales, no se entiende que estemos ante una segunda instancia o un segundo proceso, puesto que lo actuado hasta ese momento resulta perfectamente válido. Por lo tanto,

al no poder hablar de segundo proceso en puridad, no podemos hablar tampoco de infracción del *non bis in idem*. En lo que se refiere al sobreseimiento libre, éste equivale a una sentencia absolutoria, de modo que el acusado puede alegar la cosa juzgada como artículo de previo pronunciamiento en el proceso ordinario por delitos graves. Si se aprecia la existencia de cosa juzgada, el proceso termina con un auto de sobreseimiento libre que, como hemos dicho, equivale a una sentencia absolutoria⁸. Por último, en lo que a la conformidad como forma de terminación del proceso se refiere, el ordenamiento jurídico español permite que el acusado se conforme con la pena más grave de las pedidas por las partes acusadoras, en cuyo caso el juez o el tribunal dictará sentencia según la calificación mutuamente aceptada. (arts. 655, 791.3 y 793.3 de la LeCrim). Estas formas de terminación del proceso, que en algunos ordenamientos jurídicos europeos ni siquiera precisan de la intervención judicial, limitándose a una forma de transacción penal entre el acusado y el fiscal, por la cual, normalmente, el acusado abona una determinada cantidad en concepto de multa y se compromete a la prestación de determinadas obligaciones, ha sido considerada en sentencia del Tribunal de Justicia Europeo con fecha 11 de Febrero de 2003, como una expresión más del ejercicio del “ius puniendi” del Estado de que se trate. De esta manera, el tribunal declara que “El principio *ne bis in idem* [...] se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública [...] por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en

⁸ Ver, por todos, De la Oliva Santos y otros, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1995, págs. 437 y ss.

particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal”. En el caso de España, como hemos dicho, la intervención del órgano jurisdiccional sí se produce, con lo cual la prohibición de *bis in idem* en los casos de conformidad queda, si cabe, aún más patente.

4. ¿Qué consecuencias jurídicas se derivan de la aplicación del *ne bis in idem*?

a) El principio de *ne bis in idem* encuentra su base, desde el aspecto procesal, en el efecto de cosa juzgada material y ésta sólo puede predicarse de las sentencias firmes. Por tanto, no puede pretenderse abrir un nuevo proceso, es decir, comenzar con la instrucción por un mismo hecho y contra el mismo imputado. Y ello porque ambos, hecho y sujeto, constituyen los elementos subjetivo y objetivo que se configuran como los límites de la cosa juzgada. La única excepción la supondría la apertura de una nueva instrucción contra el mismo imputado pero por distintos hechos o por los mismos hechos pero contra distinto imputado. La única posibilidad, habiendo devenido firme la sentencia condenatoria, la constituye la apertura de un procedimiento de revisión a través de la interposición de un recurso de revisión por los motivos tasados en la Ley y que se expondrán más adelante. El principio decisivo, por tanto, en el ordenamiento jurídico español, es el principio de resolución total. La consideración de la sanción, así, quedaría también excluída por lo dicho anteriormente.

b) En cuanto al despliegue de la eficacia del *ne bis in idem*, es ya la condena judicial firme la que establece su punto de arranque. Y ello, porque, como hemos dicho, el principio *ne bis in idem* se relaciona estrechamente con la cosa juzgada material, efecto que se produce en el momento en que la sentencia condenatoria deviene firme. La firmeza de la condena, es pues, el punto de referencia para la aplicación y exigencia

de respeto de la prohibición de *bis in idem*. No resulta necesario, pues, esperar a un momento posterior, como sería el de la ejecución de la pena. De la misma forma, y en virtud de lo dispuesto en el art. 82 del Código penal, la suspensión condicional de la pena depende así mismo, de la firmeza de la sentencia condenatoria, momento en el que el efecto de cosa juzgada se produce, momento en el que la prohibición de *bis in idem* comienza a actuar.

5. ¿Hay excepciones al principio *ne bis in idem*?

En el ordenamiento procesal español, no se contempla la posibilidad de la excepción de cosa juzgada de forma parcial: cuando nos encontremos ante los límites subjetivo y objetivo que fundamentan la misma, sus efectos serán totales.

En cuanto a la revisión de un proceso, de manera que se produzca la revocación de una sentencia firme, la LeCrim prevé, en sus arts. 954 a 961, el llamado recurso de revisión. Este recurso sí vendría a constituir una excepción al principio *non bis in idem*, puesto que, a través del mismo, se quiebra la firmeza de la sentencia revisada. Sin embargo, los motivos aparecen tasados en dichos artículos, pudiendo resumirse los mismos del siguiente modo:

– Supuestos en los que se haya condenado a dos o más personas por un delito cuya comisión sólo es posible llevarse a cabo por una persona.

– Supuestos en los que el sujeto cumple condena por un delito de homicidio cuando la víctima resulta estar con vida.

– Supuestos en los que la sentencia condenatoria está fundada en documentos o testimonios declarados falsos por sentencia firme en causa criminal o en los que se ha obtenido la confesión del imputado con violencia, exacción o a través de la comisión de un hecho punible realizado por tercero que haya sido declarado así en sentencia firme.

– Supuestos en los que, después de la sentencia firme sobrevenga el conocimiento de hechos nuevos, nuevos elementos de prueba de tal naturaleza que hagan evidente la inocencia del imputado.

Por último, podríamos apuntar como otras excepciones al principio *ne bis in idem*, el llamado recurso de anulación, previsto para los supuestos de condena en rebeldía, cuando el imputado ha sido notificado personalmente, que se eleva contra la ejecución de la condena firme.

II. EL NE BIS IN IDEM EN EL MARCO DE LA “CONCURRENCIA NACIONAL HORIZONTAL”

1. Cuestiones previas de carácter jurídico-material.

El Derecho penal español puede resultar de aplicación a hechos cometidos en el extranjero en tres supuestos. Estos supuestos vienen a ser las excepciones al principio que rige como regla fundamental de aplicación de la ley penal en el espacio, como es el principio de territorialidad. Este principio rector, como decimos, admite las siguientes excepciones:

– Con base en el principio de personalidad siempre y cuando se trate de un nacional español que ha cometido un delito en el extranjero y se den los presupuestos previstos en el art. 23.2 de La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985. Estos presupuestos son, en primer lugar, el principio de doble incriminación; en segundo lugar, que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela o denuncien los hechos; y, en tercer lugar que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado o, en este último caso, que no haya cumplido la condena.

– Con base en el principio de protección de intereses, también llamado principio real. En función del mismo, el derecho penal español se aplica con independencia de la nacionalidad del autor, siempre que el delito afecte a intereses españoles o bienes jurídicos importantes para el estado español, cuya enumeración se refleja en el art. 23.3 de la LOPJ⁹.

– Con base en el principio de justicia universal. En función de este principio, la ley penal española podrá ser aplicada en supuestos de comisión de delitos en cuya persecución está interesada la comunidad internacional. La enumeración de estos supuestos aparece en el art. 23.4 de la LOPJ¹⁰ así como en los Tratados internacionales suscritos por el Estado español¹¹. Como podemos comprobar, la aplicación extraterri-

⁹ Este artículo dice así: “Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) de traición y contra la paz o independencia del estado, b) contra el titular de la Corona, su Consorte, su sucesor o el regente; c) Rebelión o sedición; d) falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos y oficiales; e) falsificación de moneda española o su expedición; f) cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado e introducción o expedición de lo falsificado; g) atentado contra las autoridades o funcionarios públicos españoles; h) los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española; i) los relativos al control de cambios”.

¹⁰ Este artículo dice así. “Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española como alguno de los siguientes delitos: a) genocidio; b) terrorismo, c) piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) falsificación de moneda extranjera; e) los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces; f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser castigado en España”.

¹¹ Por ejemplo, los Convenios de Montreal de 1971 y 1988, sobre actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil y, respectivamente, sobre represión de actos ilícitos de violencia en aeropuertos al servicio de la aviación civil internacional; el Convenio de 14 de diciembre de 1973 sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluyendo agentes diplomáticos; el Convenio internacional de 17 de diciembre de 1979 contra la toma de rehenes.

torial del derecho penal español, en atención a los artículos apuntados anteriormente de la LOPJ, puede considerarse como amplia, sin que, por el momento, resulte necesaria una reforma en esta materia.

2. ¿En su país, el principio *ne bis in idem* se reconoce también en la esfera transnacional?

Como hemos apuntado en el momento de tratar el tema de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*, debemos repetir en esta sede lo dicho anteriormente: el ordenamiento jurídico nacional no recoge expresamente la consagración de este principio si bien su interpretación a través del Tribunal Constitucional lo incluye dentro del derecho fundamental consagrado en el art. 25 de la CE. Sin embargo, en atención a lo previsto en el art. 96 de la Carta Magna, los Tratados internacionales suscritos por España, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno. Este es el caso del PIDCP y concretamente, de su art. 14.7 que consagra expresamente el principio de *non bis in idem* transnacional. De la misma forma, España es parte en los Tratados internacionales que regulan los Estatutos de los Tribunales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia, así como del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional. Los instrumentos de ratificación del Estado español son de 30 de abril de 1977 (PIDCP); a través de las Leyes orgánicas 4/1998 y 15/1994 se establece la cooperación de España con los Tribunales para Ruanda y la ex Yugoslavia, respectivamente; y, por último, la L.O 6/2000 ratifica el estatuto de la Corte penal internacional por el Estado español.

En lo que se refiere al proceso de traducción o de implementación nacional de los Tratados internacionales, en atención a la regulación contenida en la Constitución española, este proceso no resulta indefectiblemente necesario, puesto que la propia ratificación de los Tratados convierte a los mismos en

parte del ordenamiento jurídico interno, no estableciéndose ningún criterio de prioridad expresa salvo el criterio temporal de entrada en vigor de los mismos en el ordenamiento jurídico español. Sí hay que apuntar que, por ejemplo, en el caso del Estatuto de Roma, el Estado español se compromete a recibir a las personas condenadas por la Corte penal internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española. Del mismo modo, los delitos de lesa humanidad, se han introducido en el Código penal español, en el Capítulo II bis del título XXIV¹².

La regla internacional que regiría para los supuestos de conflictos de jurisdicción en los casos que nos ocupan (es decir, la colisión entre dos Estados) sería, principalmente, el PIDCP y las propias reglas nacionales de atribución de jurisdicción. En este sentido, la prohibición de *bis in idem*, que contiene, como sabemos, tanto la prohibición de doble sanción como de doble enjuiciamiento al mismo sujeto, por idénticos hechos, por las jurisdicciones de dos Estados implicados en su persecución, encontrarán la solución en la aplicación de las reglas generales. En primer lugar, el principio de territorialidad obliga al enjuiciamiento por parte de España de los delitos cometidos en su territorio, independientemente de la nacionalidad de los sujetos que los hubieran cometido. En segundo lugar el principio *non bis in idem*, en cuanto a la prohibición de doble enjuiciamiento, comienza a desplegar sus efectos cuando hay cosa juzgada material, es decir, cuando la sentencia, condenatoria o absolutoria, sea firme, independientemente del Estado donde se haya dictado dicha sentencia, siempre y cuando se den los fundamentos de identidad de

¹² Introducido bajo la rúbrica "De los delitos de lesa humanidad por la L.O. 15/2003 de 25 de Noviembre.

hechos y de sujetos. En este sentido el auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2000 declara que: “La excepción de cosa juzgada [...] habrá de estimarse cuando concurren los requisitos precisos [...] con independencia de que la sentencia primeramente dictada lo haya sido por un Juez o Tribunal extranjero, que, como es lógico, lo habrá hecho de conformidad con el correspondiente ordenamiento jurídico. Por tal motivo, la necesaria comparación entre uno y otro procedimiento (el ya resuelto por sentencia firme y el posterior en el que se formule la excepción de cosa juzgada), tanto sobre el «hecho enjuiciado» como sobre el «sujeto pasivo», pero especialmente en cuanto al hecho, puede ofrecer dificultades y tal vez generar dudas que, si son suficientemente fundadas, no deberán resolverse en contra del reo¹³”.

Los requisitos a los que el Tribunal Supremo se refiere lo hace del siguiente tenor: “los elementos identificadores de la cosa juzgada penal se concretan en el «hecho enjuiciado», es decir, en el relato histórico por el que se acusó (o se absolvió) comparándolo con el hecho por el que se acusa o va a acusar en el proceso posterior, y la persona del imputado o sujeto pasivo de la acción penal que ha de ser el mismo en uno y otro proceso, careciendo de significación al efecto tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó”. Esta regla rige tanto para los supuestos en que es la sentencia extranjera firme la que condena o absuelve, de manera que los Tribunales españoles no podrán proceder de nuevo contra ese sujeto por los mismos hechos, como en el caso contrario, es decir, cuando son los Tribunales españoles los que condenan o absuelven a un determinado sujeto. En este sentido, el Auto del Tribunal Constitucional 365/1997, de 10 de noviembre, al hilo de la determinación del contenido del principio *non bis in idem*,

¹³ El subrayado es nuestro.

declara que “Y si este principio rige cuando los procesos plurales se producen en nuestro Estado, no hay razón alguna para que no se extienda a los casos en que, habiendo existido un primer proceso concluido en España mediante resolución firme, y habiéndose formulado una solicitud de extradición por los mismos hechos, no resulte procedente concederla al Estado que solicita la entrega del sujeto”.

Como vemos, los principios a aplicar en materia de reconocimiento del *ne bis in idem* en la esfera transnacional, coinciden con los que rigen en esta materia a nivel nacional. Es decir, que se dé identidad de sujetos y hecho, que se haya desarrollado un proceso, bien en España, bien en otro Estado, y que este proceso haya concluido por sentencia, condenatoria o absolutoria, firme, que produzca el efecto de cosa juzgada. Cuando se dan estos requisitos y, aun así, se inicia un nuevo proceso, la excepción de cosa juzgada, en orden a impedir la celebración de un segundo proceso, conculcando así la prohibición de doble enjuiciamiento (o, lo que es o mismo, la llamada vertiente procesal del *ne bis in idem*) deberá ser alegada por el imputado como artículo de previo pronunciamiento, según se establece en el art. 666.2 de la LeCrim, sin que se pueda revisar de oficio por parte de los Tribunales.

La ausencia de regulación expresa del principio de *non bis in idem* (excepción hecha del contenido del art. 14.7 del PIDCP) no supone, en España, un desconocimiento del mismo a nivel transnacional. Por el contrario, el desarrollo jurisprudencial, por parte tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional lo encontramos en numerosas sentencias y autos.

3. Presupuestos y alcance de la aplicación horizontal transnacional del *ne bis in idem*.

a) La primera cuestión a resolver en cuanto a los presupuestos de la aplicación horizontal transnacional del *ne bis in*

idem es la identidad del hecho. Como hemos visto más arriba, parte el Tribunal Supremo del concepto de “hecho enjuiciado”, es decir, del relato fáctico del hecho ocurrido en la realidad pero que ha de encajar en alguno de los tipos penales contenidos en la Parte especial del Código penal. Estamos, pues, ante una comprensión intermedia de la identidad del hecho, pues se parte del desarrollo histórico del mismo, pero orientado a la subsunción en un tipo delictivo en los Códigos penales de los países en conflicto. Ello, sin embargo, no implica, según el Tribunal Constitucional, en Auto 23/1997, de 27 de Enero ni exige “una misma denominación del delito en ambas legislaciones ni tampoco que las respectivas normas penales sean idénticas”. A este efecto, será la jurisdicción ordinaria la competente para pronunciarse respecto de la identidad de los hechos subsumibles en ambas normas penales de los respectivos países.

El principio de doble incriminación, por tanto, juega un papel esencial en esta cuestión: los hechos deberán ser considerados como delictivos en las legislaciones penales de ambos países, lo cual no implica la total equivalencia de las figuras delictivas en cuestión. Esta inexigencia de una total equivalencia, afecta a las cuestiones tanto de la configuración del tipo como de las concepciones nacionales del derecho penal. En este sentido, los tribunales competentes entrarán a determinar la equivalencia, que no identidad, de los presupuestos del delito, de manera que se pueda afirmar la doble incriminación en las legislaciones nacionales, así como lo referido a la cuestión de la pluralidad de hechos que puedan quedar abrazados por una sola figura. Si un hecho aislado ha sido ya motivo de enjuiciamiento como parte de una figura unitaria que, junto con éste, abarque otros, este hecho no podrá volver a ser objeto de enjuiciamiento ni de sanción.

Por último, el principio de legalidad o de oportunidad no debe ostentar ningún carácter significativo en cuanto a la

determinación de la identidad del hecho. En efecto, el principio de legalidad y el principio de oportunidad se refieren a una cuestión de procedibilidad, es decir, a la obligación o no del ejercicio de la acción penal en cuanto a la persecución de un hecho delictivo, pero no afecta para nada a la configuración del hecho como hecho punible, y, por tanto, como hecho igual o no, en el sentido del principio *ne bis in idem*. En España, el Ministerio Fiscal debe, en delitos públicos y semipúblicos, ejercer obligatoriamente la acción penal, pero esta obligación no repercute en la calificación del hecho como delictivo o no. Resumiendo, ésta es una cuestión a resolver en función de las normas procesales, pero que nada tienen que ver con la cuestión material de considerar o no un hecho como delictivo.

b) Respecto al segundo de los requisitos, esto es, la identidad de la persona, el problema de las personas jurídicas plantea las siguientes cuestiones. En primer lugar, como principio general, en el ordenamiento jurídico penal español rige el principio “*societas delinquere non potest*”, es decir, la responsabilidad penal de las personas jurídicas queda excluida, siendo así que tan sólo a los representantes, de hecho o de derecho de las mismas, se les podrá exigir responsabilidad penal. Así, el art. 31 del Código penal español reza: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Por lo tanto, en función de esta disposición, en España no se podrá proceder penalmente contra una persona jurídica como responsable de la comisión de un delito, sino sólo contra el representante de la misma, aunque, en realidad, las cualidades exigidas por el tipo se den

en la persona jurídica y no en la persona física que actúa en representación de la misma. A nivel doctrinal, sin embargo, se defiende la fórmula contraria, es decir, “societas delinquere potest” con base en las consecuencias accesorias contenidas en el art. 129 del Código penal, que se refieren directamente a personas jurídicas. Sin embargo, la realidad del ordenamiento procesal actual, impide el procesamiento de personas jurídicas en España, puesto que no concurren en ellas los requisitos exigidos por la LeCrim para considerarlas como imputados. No es este el caso de otros países, cuyos Códigos penales sí prevén expresamente la responsabilidad directa de las personas jurídicas¹⁴. Pues bien, en estos supuestos, la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas no excluye la responsabilidad personal, a título de autor o de cómplice, de las personas físicas que participen en los mismos hechos por los que se le exige responsabilidad a la persona jurídica. En función de estos criterios, la posible solución vendría dada de la siguiente manera: si en España resulta condenado por sentencia firme el representante de la persona jurídica por un determinado hecho, se infringirá la prohibición de *bis in idem*, cuando como tal, se proceda contra él en un país cuya legislación reconozca la concurrencia de responsabilidades tanto de la persona jurídica como del representante; no ocurrirá así cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra la persona jurídica, pues, en este caso, no se dará la exigida identidad de sujetos, ya que la persona moral ostenta personalidad jurídica propia, no equiparable a la de la persona física. En el supuesto inverso, es decir, cuando se haya condenado por sentencia firme a la persona física junto con la jurídica en aquellos países en los que esta posibilidad se de, no se podrá pro-

¹⁴ Como, por ejemplo, Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Noruega, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá o Australia.

ceder en España contra la persona física que haya resultado condenada por los mismos hechos. Ahora bien, cuando el procedimiento y la sentencia se refieran exclusivamente a la persona jurídica, no habrá obstáculo para proceder contra la persona física, representante de aquélla, en España, siempre y cuando, se trate de los mismos hechos¹⁵.

Respecto de las características significativas del hecho punible, según la Ley Orgánica del Poder Judicial, el lugar de comisión del delito para la aplicación de la ley penal española es decisivo, en función del principio de territorialidad. Así, los hechos cometidos en territorio español serán de la exclusiva jurisdicción de los Tribunales españoles; asimismo en función del principio real, la ley penal española se aplicará a hechos que afecten a determinados bienes jurídicos de especial relevancia para el Estado español, como la seguridad interior, la Corona, la fe pública, el orden público o el control de cambios. La lista de estos bienes jurídicos aparece reflejada en el art. 23.3. de la LOPJ¹⁶. En cuanto a la especial posición del autor, si se trata de funcionarios diplomáticos, consulares y de Organizaciones internacionales, se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales, como por ejemplo, la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961, a la que España se adhirió el 21 de noviembre de 1967.

c) En cuanto a las decisiones extranjeras que sirven de fundamento al *ne bis in idem* transnacional, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional exigen que estas

¹⁵ Sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en España, ver, por todos, Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor Jose Manuel Valle Muñiz*, Quintero Olivares/Morales Prats (coords.), ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 885 y ss.

¹⁶ Vid. *Supra* nota 8.

decisiones sean firmes, es decir que produzcan el efecto de cosa juzgada material. Al configurarse la cosa juzgada como artículo de previo pronunciamiento, deberá ser el imputado el que lo alegue al comienzo del procedimiento, para resolver sobre el mismo. Los criterios jurídicos para determinar cuando nos encontramos ante una sentencia firme que produce el mencionado efecto serán los propios de cada país, en atención a lo exigido por el art. 14.7 del PIDCP, según el cual la sentencia se entenderá firme “de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. Las decisiones, pues, de cada país, vinculan recíprocamente.

Por lo que se refiere a las decisiones de otras instancias extranjeras, en principio la prohibición de incurrir en *bis in idem* se referirá a las sentencias de tribunales penales exclusivamente. En el ámbito interno, las nuevas corrientes doctrinales y jurisprudenciales se inclinan, en el ámbito estrictamente nacional, a tener en cuenta la sanción administrativa, cuando se ha impuesto y satisfecho con anterioridad a la penal, en orden a detraer la cantidad pagada por el sujeto sancionado de la impuesta por el tribunal penal. En esta línea, el art. 5.2 del REPEPOS establece, respecto de las sanciones impuestas por Organos Comunitarios Europeos que “Si se hubiera impuesto sanción por los Organos Comunitarios, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción”. Trasladar esta actuación a las sanciones administrativas impuestas por instancias extranjeras respecto de sanciones penales impuestas por tribunales nacionales podría resultar contradictorio, teniendo en cuenta que hablamos de administraciones de distintos países, con lo cual, el fundamento de la imposición de esa sanción carecería de sentido y de efecto en el ámbito nacional de otro país. Sin embargo, la doctrina se inclina por aceptar estos supuestos como infracciones del *non bis in idem*

en el ámbito interno, sin que se pronuncie respecto del mismo supuesto a nivel transnacional.

Sobre la cuestión de las sentencias extranjeras que pueden originar un *ne bis in idem*, las solución viene dada por los mismos principios aludidos en el ámbito nacional. Ello significa que, si según la legislación extranjera, el sobreseimiento equivale a una sentencia absolutoria con fuerza de cosa juzgada, bien porque el hecho no ha existido, bien porque el hecho no es constitutivo de delito, bien porque no se ha probado, de forma indudable, la culpabilidad del sujeto, entonces el sobreseimiento dictado tendrá los mismos efectos que una sentencia absolutoria, y, por ello, la persecución penal en otro estado al mismo sujeto y por los mismos hechos supondría una infracción de la prohibición de incurrir en *bis in idem*. En este aspecto, la naturaleza de la sanción no jugaría un papel determinante, puesto que, como declara el Tribunal Constitucional español, en Auto 95/1999, de 14 de abril, los hechos deben ser constitutivos de delito en ambas legislaciones sin que ello implique la identidad de las penas. Por último, en cuanto a la posibilidad de bloqueo de la persecución por razón de un procedimiento penal extranjero todavía en curso, mientras ello sea así, todavía no se está ejerciendo de forma reduplicada el ius puniendi de dos Estados sobre un mismo sujeto y referido a un mismo hecho, es decir, en este estadio, todavía no se trata de la posible imposición de dos sanciones, sino de investigaciones paralelas llevadas a cabo por dos Estados por hechos idénticos. En este momento, pues, no existe una doble condena firme, por lo que el principio *ne bis in idem* aún no se vería afectado. Si uno de los países decide el sobreseimiento provisional y, con ello, no continuar con la investigación, el otro Estado podrá concluir el proceso hasta llegar a una sentencia firme, sea esta condenatoria o absolutoria. En este sentido el Auto 365/1997, de 10 de Noviembre del Tribunal Constitucional, declara que “El proceso iniciado en España no

ha entrado en la fase de juicio oral y la instrucción ha concluido mediante un sobreseimiento provisional, que carece del efecto de cosa juzgada. Luego si a continuación se permite que los recurrentes sean extraditados a Canadá¹⁷, no hay infracción del principio *ne bis in idem*. El auxilio judicial internacional [...] admite que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento cuando el anterior no está definitivamente resuelto”.

4. ¿Qué consecuencias jurídicas derivan de la aplicación transnacional del *ne bis in idem*?

a) El principio decisivo en esta materia, desde la perspectiva de la legislación y la jurisprudencia españolas, sería el principio de resolución total, es decir, una vez que la sentencia extranjera sea firme, quedaría excluida la posibilidad de persecución en España, es decir, la apertura de un proceso de instrucción respecto de los mismos hechos llevados a cabo por el mismo sujeto. Como se ha apuntado más arriba, es la firmeza de la sentencia y la fuerza de cosa juzgada que de ella se deriva, el obstáculo insalvable para la iniciación de un nuevo proceso; esto significa que ni la sanción impuesta ni la ejecución de la misma son los criterios sobre los que se basa el bloqueo sino el paso anterior que constituye la sentencia condenatoria firme.

b) El estadio exigido respecto del proceso extranjero para producir el efecto de bloqueo interno sería la firmeza de la sentencia condenatoria, de acuerdo con la ley y el procedimiento de cada país, sin que sea necesario que haya comenzado la ejecución de la condena. En cuanto a la prescripción,

¹⁷ Donde se seguía también un proceso de investigación por los mismos hechos.

el problema se plantearía en el supuesto de que los plazos de prescripción de un delito en España y en otro país no coincidieran, siendo así que en el país de que se trate ya haya prescrito el delito y en España no. En este caso, si España es competente para la persecución del delito y éste no ha prescrito, no habría impedimento para que el Estado español desplegara su capacidad sancionadora. Respecto de las medidas de gracia, como, por ejemplo, el indulto, según la legislación española (Ley de 18 de Junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto), el presupuesto del mismo es, justamente, la firmeza de la sentencia condenatoria, siendo así que en el art. 2.1º se niega la posibilidad de concesión del indulto a quien no hubiera sido condenado por sentencia firme. Si, con base a la legislación de otro país, el indulto requiere de este presupuesto, es decir, de la firmeza de la sentencia, estaríamos ante el razonamiento que hemos venido repitiendo: la firmeza de la sentencia otorga la fuerza de cosa juzgada, por lo cual, una persona indultada en otro país, bajo este presupuesto, no podría ser perseguida ni sancionada penalmente en España. En cuanto a la suspensión condicional de la pena, el presupuesto es el mismo: la firmeza de la sentencia condenatoria, con lo cual, reproducimos aquí lo anteriormente dicho respecto de las medidas de gracia.

c) Respecto de las garantías contra el abuso de derecho, en caso de un proceso aparente en otro Estado, estaríamos aquí ante supuestos de extraterritorialidad, es decir, supuestos en los que se ha perseguido y condenado (o absuelto) al sujeto en un país extranjero. Según lo establecido en el art. 23.2 de la LOPJ, España podrá conocer de causas por delitos cometidos fuera del territorio nacional siempre y cuando el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, pero no se hace ninguna referencia a una medida de cautela como la establecida tanto en el Estatuto del Tribunal penal

internacional para la ex Yugoslavia, como en el Estatuto de Roma. La previsión de este presupuesto se podría calificar como formal, en el sentido de que, desde el momento en que se producen estas tres situaciones (absolución, indulto o condena), se produce el bloqueo para la persecución por parte de España, independientemente de que este proceso y sus resultados hayan tenido la finalidad, precisamente, de sustraer al sujeto de la jurisdicción española. En principio, no se puede afirmar la existencia de excepciones al *ne bis in idem* a este nivel, puesto que la aparición, por ejemplo, de nuevas pruebas, conduciría a la revisión de la sentencia por parte de los tribunales del Estado en la que se dictó, pero esta revisión no puede llevarse a cabo por parte de un tribunal de otro Estado.

5. ¿Qué efectos tiene el *ne bis in idem* en el marco de la cooperación penal internacional?

La extradición pasiva se regula en España a través de la Ley 4/1985 de 21 de Marzo, de extradición pasiva. En su art.4.5 se prevé expresamente la denegación de la extradición por parte de España en aquellos supuestos en los que la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo en España por los mismos hechos por los que se solicita la extradición. La prohibición de doble sanción constituye, pues, el fundamento claro de este precepto. La denegación de la extradición puede provenir del tribunal español competente (la Audiencia Nacional) por resolución firme y también por el gobierno español, que podrá denegarla en contra de la resolución judicial favorable “en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España” (art. 6 de la Ley de Extradición pasiva). En la decisión, por tanto, no interviene otro Estado en ningún supuesto. Los casos de posible jurisdicción concurrente se limitarían a los supuestos

en los que son varios los Estados que reclaman al sujeto. En estos casos, el art. 16 de la ley establece que “Si la extradición hubiere sido solicitada por varios Estados, bien por el mismo hecho o por hechos diferentes, se decidirá sobre aquélla por el Gobierno y en su caso la entrega del reclamado, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, especialmente, la existencia o no de Tratado, la gravedad relativa y lugar de comisión del delito, fechas de las respectivas solicitudes, nacionalidad de la persona reclamada y posibilidad de una ulterior extradición a otro Estado”. En cuanto a la discrepancia sobre la identidad de los hechos por los que se concede (o deniega) la extradición, el Tribunal Constitucional español, por la vía de amparo, ha resuelto en numerosas ocasiones la posible conculcación del *non bis in idem* en materia de extradición, si bien deja claro, en el Auto 49/1999 que “la extradición en sí misma, es una medida que entra dentro del ámbito competencial de la jurisdicción ordinaria, cuya regularidad desde esta sola perspectiva no corresponde valorar en esta sede constitucional”. La competencia para resolver el recurso de súplica que contra la resolución de la Audiencia Nacional se interponga, corresponde, en virtud de lo establecido en el art. 15 de la Ley de extradición pasiva, al Pleno de la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no puede entenderse como una “segunda instancia” para la revisión de la resolución sobre la extradición, sino sólo como la forma adecuada de control de la posible vulneración de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, como pueda ser el de legalidad penal, en el que se inserta la prohibición de *bis in idem*. El recurso ante el Tribunal Constitucional no supone, empero, el fracaso de una posible solución entre los Estados afectados, puesto que la competencia para conceder o no la extradición se configura como una competencia exclusiva del Estado requerido, a resolver en atención a su legislación interna.

III. NE BIS IN IDEM EN EL MARCO DE LA “CONCURRENCIA VERTICAL NACIONAL-SUPRANACIONAL”

1. En general sobre la relación entre jurisdicciones nacionales y supranacionales.

a) España es parte en los Estatutos de los Tribunales para Ruanda, la ex Yugoslavia y en el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional. A través de las Leyes orgánicas 15/1994 de 1 de Junio (para la cooperación con el tribunal para Ruanda) y 4/1998 de 1 de julio (para la cooperación con el Tribunal para la ex Yugoslavia), se establece, en lo que se refiere a la jurisdicción concurrente, lo siguiente:

– Los tribunales españoles si fueran competentes, iniciarán o continuarán sus actuaciones en tanto no sean requeridos de inhibición por los Tribunales Internacionales.

– Recibido el requerimiento de inhibición, el juez o tribunal español suspenderá el procedimiento y remitirá lo actuado a la Audiencia Nacional.

– La Audiencia Nacional podrá desestimar el requerimiento si el hecho no entra dentro de la competencia, temporal o territorial, de los Tribunales Internacionales.

– Ningún tribunal español podrá plantear un conflicto de jurisdicción a los tribunales internacionales.

b) España ha ratificado, con fecha 4 de Octubre de 2000 el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional. Con base en el art. 96 de la Constitución española, los tratados internacionales firmados por España entran a formar parte de su ordenamiento jurídico interno sin necesidad de un proceso de implementación. Ahora bien, respecto del Estatuto de Roma, la ausencia de regulación expresa de los delitos de lesa humanidad

en el código penal español, ha hecho necesaria su incorporación al mismo, a través de la reforma del Código penal, que introduce, los delitos de lesa humanidad en el art. 607 bis.

c) En principio, tal y como aparece redactado el Estatuto de Roma, la Corte penal Internacional sólo adoptará un papel complementario para el procesamiento de los delitos contenidos en el mismo, de manera que el Estado español, en virtud del principio de jurisdicción universal, ejercerá la misma con preferencia a la de la Corte Penal Internacional.

En los casos de los Tribunales para Ruanda y la ex Yugoslavia, en virtud de las L.O. anteriormente citadas, ambos Tribunales Internacionales pueden requerir de inhibición a los tribunales españoles que estuvieran ventilando un tema concurrente. Cuando ello ocurra, la Audiencia Nacional revisará de oficio la competencia temporal y territorial de ambos Tribunales, en orden a aceptar o rechazar el requerimiento de inhibición. En caso de que la competencia corresponda a los Tribunales Internacionales, éstos podrán reclamar para sí el proceso en curso en España, puesto que los tribunales españoles están obligados a suspender el proceso y remitir lo actuado a la Audiencia Nacional. Ello significa que, en el caso de la Corte Penal Internacional, su papel será complementario respecto de la jurisdicción nacional, mientras que en el caso de los tribunales para Ruanda y la ex Yugoslavia, cuando la competencia temporal y territorial les corresponda, su papel será preferente frente a la jurisdicción nacional española.

d) En el caso de la Corte Penal Internacional, cuyo papel complementario viene establecido por el propio Estatuto de Roma, sólo podrá atraer la jurisdicción sobre un caso hacia sí en los supuestos contemplados en el art.13 del Estatuto, es decir, cuando el Estado al que le corresponde la jurisdicción no pueda o no quiera procesar, por las distintas dificultades a

las que se aluden en dicho artículo, o en caso de un proceso en fraude de ley.

e) En la parte VII del Estatuto de Roma, se establecen las causas por las que se podrán iniciar los procedimientos de apelación y revisión. En esta función de segunda instancia, sin embargo, la Corte sólo es competente para resolver estos recursos contra sus propias decisiones, pero en ningún caso se prevé la configuración de la Corte como una última instancia en relación a las sentencias dictadas por los Estados en concreto.

2. Presupuestos y alcance de una prohibición de doble sanción vertical.

a) Tanto los Estatutos para la ex Yugoslavia y Ruanda como el Estatuto de Roma hacen referencia exclusivamente a decisiones e instancias decisorias del orden penal, puesto que las conductas que se podrán someter a la jurisdicción de los tres tribunales son todas consideradas delitos y no infracciones administrativas. En cuanto a la posibilidad de bloqueo “de arriba abajo” o de “abajo a arriba”, los arts. 10 tanto del Estatuto para la ex Yugoslavia como para Ruanda son claros:

“Non bis in idem:

– Nadie puede ser convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constituyentes de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el sentido entendido en el presente estatuto si ya ha sido juzgado por esos mismos hechos por el Tribunal Internacional.

– Quienquiera haya sido convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario no puede ser subsecuentemente llevado ante el Tribunal Internacional, excepto si:

– el hecho por el cual ha sido juzgado estaba calificado como crimen de derecho común; o

que lo que aquí se pretende captar no es el ejercicio de influencias que se derivan de su cargo, sino la relación de poder con el funcionario influido que responde a fuentes distintas (vgr. posición en el partido)¹⁶⁵.

4. La correcta comprensión de las funciones del tráfico de influencias requiere poner en conexión ésta con otras figuras cercanas, con el fin de averiguar si se trata de un tipo penal redundante o viene efectivamente a cubrir lagunas de punibilidad. Las figuras conceptualmente más cercanas son de un lado el delito de cohecho y de otro la prevaricación y especialmente la inducción a la prevaricación (o la inducción en cadena a una prevaricación). Las relaciones entre la corrupción y el tráfico de influencias muestran como esta figura delictiva juega una función de tipo de recogida. La necesidad del tráfico de influencias depende de la amplitud con que se conformen la contraprestación —la “ventaja” que se ofrece o recibe el funcionario—, la actuación en el ejercicio del cargo e incluso el propio concepto de funcionario público. Si tal como se discute en el marco del Convenio OCDE, el concepto de agente público se debiera extender también a los miembros de partidos políticos quizás la figura del tráfico de influencias resulte inútil¹⁶⁶. En términos de técnica legislativa las alternativas son por tanto o ampliar considerablemente el cohecho o, seguir manteniendo sus límites tradicionales y crear al lado la figura del tráfico de influencias. Esta última opción, que es la de nuestro CP, resulta aconsejable, pues es más respetuosa con el principio de determinación y permite una tipificación más

¹⁶⁵ Cfr. *Rapport explicativ de la Convención del Consejo de Europa*, op. cit., p. 15.

¹⁶⁶ Como ocurre nuevamente el marco de la FCPA americana que incluye entre los “agentes públicos” a miembros de partidos políticos y candidatos, Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, op. cit., p. 11.

dría el efecto de bloqueo respecto de la instancia nacional. Por el contrario, en caso de sentencia firme dictada por la instancia internacional, el bloqueo estaría asegurado. Por último, las medidas adoptadas por los Estados para el restablecimiento de la paz interna, como podrían ser las leyes de amnistía, leyes de punto final, etc, utilizadas en muchos caso y convalidadas por la ONU, deben encontrar su límite en la vulneración grave de derechos fundamentales. Los tres Estatutos de los Tribunales penales internacionales actualmente en vigor, hacen referencia, exclusivamente como fuente para basar la prohibición de *bis in idem* en el procesamiento de los presuntos culpables, pero no en otras medidas como la amnistía, que quedaría reducida en sus efectos a la posibilidad de procesamiento por tribunales nacionales, pero no por los tribunales internacionales.

b) El entendimiento del hecho, es decir, la cuestión de la identidad del hecho como fundamento de la prohibición de *bis in idem*, parece, en virtud de lo establecido en los Estatutos internacionales, que se resuelve por la vía del hecho jurídico, puesto que se permite el procesamiento por parte de los tribunales penales internacionales de aquellos hechos que ya han sido juzgados por las instancias nacionales, pero que merecían la calificación de crimen de derecho común. Esta interpretación puede dar lugar a diferencias entre el efecto de “arriba abajo”, puesto que aquí el bloqueo es automático, mientras que en el efecto de “abajo a arriba” dependerá de la calificación como delito común o delito de derecho internacional para su doble enjuiciamiento por parte de los tribunales internacionales. De hecho, la leyes orgánicas 4/1988 y 15/1944 para la cooperación con los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, prevén la excepción al *non bis in idem* con el siguiente contenido: “Las personas juzgadas en España pueden serlo también por el tribunal internacional (para Ruanda o para la ex Yugoslavia), por los mismos hechos, si la calificación dada

por los Tribunales españoles no se fundare en las tipificaciones previstas en el Estatuto del Tribunal Internacional”.

3. ¿Qué consecuencias jurídicas tiene el *ne bis in idem* en la dirección vertical, en su caso distinguiendo entre “de arriba abajo” o “de abajo arriba”?

a) Partiendo de la legislación y la jurisprudencia españolas, “de arriba abajo”, el principio decisivo sería el principio de resolución total, puesto que si la sentencia del Tribunal penal internacional es firme, los tribunales penales españoles no podrán perseguir penalmente por el mismo hecho. “De abajo arriba”, dependerá, como hemos visto, de que el proceso nacional se haya desarrollado con base en un delito común, que, a la vez, pueda constituir un crimen internacional, de los que los tribunales internacionales puedan conocer.

b) El estadio que debe haber alcanzado el proceso es la sentencia firme.

c) En la legislación ordinaria española, no existe ninguna previsión para evitar los procesos fraudulentos respecto de la jurisdicción penal internacional. Pero ya que España ha ratificado los tres estatutos y en función de lo establecido en el art. 96 de nuestra Constitución, los tratados internacionales firmados por España entran a formar parte de la legislación nacional. Es decir, tanto el art. 10.2 del Estatuto para la ex Yugoslavia como el art. 20 del Estatuto de Roma forman ya parte de la legislación española, de manera que son vinculantes para los tribunales, en el sentido de evitar estos procesos en fraude de ley.

d) La determinación que de unos hechos lleve a cabo un tribunal penal internacional pero que sólo son relevantes en el

interior del Estado, no deberían tener efectos sobre los tribunales nacionales, puesto que si esos hechos son de su exclusiva competencia, su determinación y enjuiciamiento deberán llevarse a cabo con base en la legislación y la interpretación jurisprudencial del Estado en cuestión.

4. ¿Qué significación tiene el principio *ne bis in idem* en el campo de la cooperación penal internacional?

Respecto de la cooperación de España con los Tribunales penales internacionales, las leyes orgánicas 15/1994 y 4/1998 establecen la obligación de detener e informar, por parte del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, a las personas que se hallen en territorio español y que hayan sido acusadas y cursada orden de detención por parte de los tribunales internacionales. Asimismo, la Audiencia Nacional acordará la entrega, sin necesidad de procedimiento formal de extradición, especificando en la misma resolución la duración máxima de la prisión provisional que procede según la legislación española. En cuanto al Estatuto de Roma, el art. 59 establece las competencias y las obligaciones de los estados, en lo que a la cooperación y auxilio a la Corte se refiere.

5. En caso de que se haya dado en su país un cambio de régimen (de un sistema totalitario a uno democrático) ¿se ha seguido algún tipo de proceso de reconciliación (o de “verdad”) que pueda ser relevante desde el prisma del *ne bis in idem*?

En España, en el año 1975, el dictador Francisco Franco Bahamonde murió en el poder. A partir de ese momento, se inició el llamado “proceso de transición a la democracia”, en el que no se siguió ningún tipo de proceso de reconciliación ni de exigencia de responsabilidades de carácter penal a los responsables del régimen por los crímenes cometidos durante el mismo.

IV. NE BIS IN IDEM EN EL MARCO DE LA “CONCURRENCIA INTER(SUPRA)NACIONAL HORIZONTAL”

1. Posibles conflictos de competencias entre jurisdicciones supranacionales.

La posibilidad de existencia de conflictos de competencia entre los Tribunales internacionales que existen en la actualidad resulta realmente difícil de imaginar. Y ello por que, en primer lugar, la competencia del Tribunal Internacional para Ruanda aparece estrictamente establecida en el art. 1 de su Estatuto, según el cual, este tribunal será competente “para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de los estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994”. Es decir, tanto la competencia *ratione loci* como la competencia *ratione temporis* quedan claramente establecidas. Ciertamente es que los problemas de jurisdicciones concurrentes, resueltos en el art. 5 del Estatuto, hacen referencia en exclusiva a los Estados nacionales. Pero si partimos de la competencia simultánea de las jurisdicciones nacionales y de la jurisdicción del tribunal internacional, que queda matizada con la prioridad establecida en el párrafo segundo de este artículo, podemos concluir, en atención a la jurisdicción complementaria de la Corte penal internacional, que la prioridad del procesamiento de los hechos descritos en el Estatuto, de los sujetos y la limitación temporal y territorial la ostenta el Tribunal internacional para Ruanda, seguido de la competencia de los estados y, por último, de la Corte penal internacional. Lo mismo se puede predicar de lo establecido en el Estatuto para el Tribunal penal

internacional para la ex Yugoslavia, respecto de los hechos cometidos en el territorio de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia a partir del 1 de Enero de 1991 (art. 8 del estatuto).

2. Solución de los conflictos de competencia.

En caso de producirse un conflicto de competencia, la solución podría derivarse de la aplicación de los criterios de prioridad establecidos en cada Estatuto. Si con estos criterios no se lograra una solución, el principio *non bis in idem* debería desplegar sus efectos, de la misma manera en que lo hace respecto de las jurisdicciones nacionales. De hecho, el art. 20 del Estatuto de Roma se refiere a condenas y absoluciones dictadas por “otro tribunal”, sin hacer referencia expresa a que ese tribunal sea un tribunal de un estado nacional, por lo que la interpretación, en aras de preservar el principio *non bis in idem* en las esfera transnacional horizontal debe abarcar tanto a los tribunales penales nacionales como a los tribunales penales internacionales.

V. CUESTIONES FINALES

1. Sobre el significado práctico del principio *ne bis in idem* internacional.

a) El fenómeno de la globalización ha traído como consecuencia, entre otras, la desaparición de las barreras territoriales en lo que a la tradicional concepción del “lugar de comisión del delito” se refiere. Esta expansión provoca la revisión irremediable del planteamiento del ejercicio del *ius puniendi* de cada Estado nacional, de manera que las medidas de cooperación y la interconexión entre los tribunales de distintos

países deviene necesaria para un control adecuado de la criminalidad. Ello se refleja, desde el punto de vista práctico, en las numerosas sentencias, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional que contemplan y resuelven, en mayor o menor medida, los problemas de aplicación doble de sanciones penales por los tribunales de cada país. El fenómeno terrorista de la banda armada ETA en España supone también un factor importante en cuanto al necesario respeto a la prohibición de incurrir en *bis in idem* a nivel transnacional horizontal, en relación, sobre todo con Francia.

2. Valoración de las reglas de concurrencia de su país.

La valoración del funcionamiento de las reglas de concurrencia en España no puede ser una valoración uniforme, puesto que encontramos sentencias contradictorias en este sentido. Para mejorar la situación debería, en primer lugar, establecerse un marco normativo expreso sobre esta cuestión, de manera que no fueran exclusivamente los tribunales los encargados de decidir en cada caso concreto sin contar con criterios claros para la resolución de cada uno de ellos.

3. Reformas en el ámbito internacional.

En primer lugar, la prohibición de incurrir en *bis in idem* y la concurrencia de jurisdicciones nacionales e internacionales debería regularse de forma general en un marco normativo internacional amplio, de manera que los problemas básicos en cuanto a la aplicación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales y los estatutos de los tribunales penales internacionales pudieran clarificarse para evitar en lo posible las contradicciones derivadas de los mismos. Teniendo en cuenta la instauración de la Corte penal Internacional, la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea resultaría un marco

excesivamente estrecho, ya que sólo resolvería los conflictos en el ámbito de dicho organismo, mientras que los problemas que se plantearán en el futuro afectarán a la comunidad internacional en general y no sólo a los países integrantes o a los países candidatos a formar parte de la misma.