

“PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA”

Ilmo. Sr. D. Javier Gómez Bermúdez
Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Conferencia

Muchas gracias, Joaquín. Buenos días a todos, muchas gracias por invitarme a compartir este tiempo con todos ustedes, profesionales cualificadísimos, y que me merecen un enorme respeto. Esto me exige medir alguna de las cosas que voy a decir y me permite omitir la lectura de artículos así como hacer *excursus*, como suele ser costumbre en las ponencias, que son innecesarias cuando el auditorio tiene el nivel de este al que me dirijo.

Voy a dividir mi intervención en una introducción general y luego, tomando como hilo conductor las obligaciones internacionales contraídas por España, iremos viendo porqué la reforma del código penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 modifica algunos aspectos, solo algunos, de la corrupción o del cohecho en sentido clásico, la corrupción en el ámbito público, del tráfico de influencias, el blanqueo de capitales, el delito contable y por último, la gran estrella de la reforma en esta materia que, como saben, es la corrupción entre particulares o cohecho entre particulares, como alguno le está llamando ya.

El itinerario es largo, aunque espero no excederme en el tiempo de mi exposición para que luego, si tienen alguna pregunta o desean rebatir lo que diga puedan hacerlo.

Bien. Empiezo con algo que es bastante evidente o parece que ya es evidente, que es que la corrupción pública y la corrupción privada son las dos caras de una misma moneda. Por eso, solo en la medida en que combatamos la corrupción en su esencia, sin distinción de ámbitos, podremos erradicarla o disminuir sensiblemente sus efectos sobre el sistema económico, la función pública y en general toda la sociedad.

Medida de que lo sostengo es la distinción que quisiera hacer entre corrupción y corruptela; entre acto corrupto y acto de favorecimiento.

La diferencia entre un acto corrupto y un acto de favorecimiento, entre la corrupción y la corruptela, creo que hay que situarla en que el segundo no es retribuido inmediatamente o no supone la obtención de un beneficio inmediato para el favorecedor, pero, sí genera una obligación. Genera una obligación moral tácita de futuro del favorecido respecto del favorecedor. Es lo que coloquialmente llamamos “devolver el favor”. Y esto también es corrupción, aunque menor, por lo que la denominamos corruptela.

Pero, ¡cuidado!, favor y favorecimiento, tal como yo lo uso - y digo expresamente favor y favorecimiento, porque veremos que en la reforma se introduce el sustantivo “favor”, como uno de las conductas típicas en los delitos de corrupción pública- no significan lo mismo.

El favor, es un referente de bondad en las relaciones humanas e implica la realización de un bien sin que otro lo pida y –esto es lo más importante- y sin que al hacerlo se produzca daño a tercero.

El que hace el favor no espera contraprestación presente o futura alguna.

Éste no es el concepto de favor que el código utiliza, sino que en mi opinión “favor” tal como lo utiliza la ley es sinónimo de favorecimiento o corruptela. Y ese

favorecimiento o corruptela, con su pariente rico, que es el amiguismo, se produce cuando alguien solicita de otro un acto menor que le beneficia sin ofrecer ni pedir el dador, en principio, contraprestación alguna. Sin embargo, de alguna forma –como he dicho- compromete al solicitante para el futuro y perjudica, aunque sea levemente, a terceros. Por ejemplo, la preterición en el orden de despacho de una solicitud administrativa, el adelanto en la cita a la asistencia del médico de la Seguridad Social, etc., etc., son conductas muy asumidas, pero que integran lo que llamo actos de favorecimiento y que cuando la realiza un funcionario público pueden integrar una conducta delictiva.

Ahora bien, no estoy afirmando, como se sostiene por un grupo cada vez más amplio de personas, que la corrupción o las corruptelas sean un fenómeno tan generalizado en nuestra sociedad que se pueda hablar de una ética de la corrupción, de modo que esa ética de la corrupción pase a formar parte del conjunto de normas morales que rigen la conducta humana y especialmente las obligaciones del hombre. No, yo no creo que la identificación entre corrupción y moralidad conduzca a resultados satisfactorios, bien al contrario, creo que es un terreno extremadamente peligroso, porque en ese terreno todo podría ser juzgado desde la perspectiva de un inexistente código único de conducta moral, tan cambiante y variado, que conduciría al absurdo de afirmar, que conductas absolutamente inocuas son moralmente reprochables.

Por lo tanto, ¡cuidado!, moralidad y corrupción no van de la mano, es verdad que el acto corrupto es inmoral, pero los códigos de conducta morales no pueden delimitar el ámbito de la corrupción, a salvo lo que diremos de los códigos de comportamiento de empresa, que no son códigos de conducta morales, son códigos de conducta empresariales. Por ello, comparto en esencia el pensamiento del Jiménez Sánchez. Jiménez Sánchez afirma que las normas de corrección moral que debe exigirse a los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, son aquellas que se desprenden del ordenamiento constitucional en el sentido amplio, incluyendo la Constitución y las leyes y usos que lo complementan y desarrollan.

Estoy de acuerdo con esta afirmación. Cuando hablamos justamente de normas de corrección moral en la función pública solo podemos tener un referente: el bloque constitucional, con sus leyes y usos de desarrollo.

Por lo tanto en mi análisis solo será corrupto aquello que vulnere o trasgreda la ley en sentido amplio, como norma escrita. Y dado mi ámbito natural de trabajo me centraré más en el problema que se plantea, en especial, en la Ley Penal, aunque soy perfectamente consciente de que el estudio de la corrupción excede con mucho el ámbito de la legislación penal, del Derecho Penal e incluso del Derecho en su conjunto. De hecho, es un fenómeno que históricamente ha existido siempre y que está siendo estudiado por sociólogos, psicólogos e incluso por los politólogos.

Así pues, mi visión es una visión parcial referida únicamente –insisto- a la vulneración de un tipo de norma, que es la norma penal.

Desde ese punto de vista penal, como dice Contreras Alfaro, la delincuencia económica relacionada con la corrupción es un fenómeno difícil de detectar, difícil de investigar y complejo de enjuiciar, por lo que probablemente, ante la ineficacia del sistema para detectar, investigar y enjuiciar estos comportamientos, probablemente habrá que buscar también soluciones alternativas a la mera represión penal. Me refiero a espacios distintos y anteriores al enjuiciamiento, como puede ser la aplicación del principio de oportunidad, el consenso, etc., aunque saben que en esta materia en

España, dada la configuración de la legitimación para iniciar el proceso penal, es muy difícil llegar a resultados satisfactorios.

¿Qué es la corrupción?, ¿qué es corrupción?

Según el Diccionario de la Real Academia, al que acudimos cuando creemos saber qué significa alguna cosa, pero no sabemos definirla, corrupción “*es en las organizaciones -dice- especialmente en las públicas, la práctica consistente en la utilización de los funciones y medios de aquellas, en provecho económico o de otra índoles de sus gestores*”. Por lo tanto en la función pública la corrupción se asocia siempre a la utilización torcida del poder, por quien ostenta ese poder, con el fin de obtener un beneficio, generalmente económico, para si o para un tercero, lo que implica la anteposición del interés personal o particular al interés general que tiene que procurar todo servidor público.

Como notas características, siguiendo a Rivero Ortega y otros, podemos dar algunas, especialmente referidas al ámbito público.

La primera es la desviación de poder; la segunda nota es el enriquecimiento o beneficio propio o de tercero; la tercera, que en la mayoría de los casos la arbitrariedad administrativa aparece por falta o defecto de procedimiento o por falta de razonamiento en la decisión -en este ámbito creo que son muy importante las medidas de prevención, estableciendo procedimientos claros, reglados y rígidos y, a la vez, mediante mecanismos de toma de decisión colegiadas, no residenciadas en un única persona, con obligación de razonamiento reforzado de la decisión, cuando se aleje, por ejemplo, de los informes técnicos o de alguno de los informes técnicos preceptivos pero no vinculantes-. Por último, como cuarta característica o, mejor, como manifestación sofisticada, aparece el fraude de ley que se da cada vez más. Frecuentemente nos vamos a encontrar actos de corrupción en los que se ha respetado formalmente la norma jurídica, el texto de la ley, pero con el que se ha obtenido un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Se trata, en general, de una decisión arbitraria -como trasunto perverso de la discrecionalidad reglada- o del uso de facultades discrecionales para, bajo la cobertura formal del texto de la norma, conseguir un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico.

Esta última modalidad de corrupción mediante el fraude de ley plantea serios problemas para su conveniente detección y represión y nos indica qué complicado es combatir la corrupción, sobre todo en el ámbito público. ¿Por qué? Pues porque en realidad estas conductas de fraude de ley penalmente son muy difíciles de perseguir: probar la intención, probar el dolo es prácticamente imposible, el dolo penal, claro, no el dolo civil, y por lo tanto su sanción debe remitirse a otros ámbitos o a otras ramas del Derecho, como el Derecho Civil, el Mercantil o el Administrativo. Y la consecuencia en que estos Derechos -a salvo el Administrativo donde puede concluirse con una sanción a través de la actuación del régimen disciplinario en determinados casos- es simplemente la no consecución del resultado prohibido, pero no hay una sanción, es decir, lo más que pierde aquí el corrupto es -digamos- el acto de corrupción, pero no es sancionado por ello ni tiene ninguna carga de tipo civil, mercantil o de otra índole.

.....

Voy a continuar ya, siguiendo como hilo conductor las obligaciones internacionales que ha contraído España, que son el móvil de la reforma en esta materia,

con el contenido de la reforma del Código Penal que es compleja, parcial, aunque extremadamente profunda y que puede también conducir a resultados insatisfactorios en determinados casos, pero que obedece –y por eso rompo una lanza en favor del legislador- a obligaciones contraídas internacionalmente en un 99% de los casos.

La guía de mi exposición, pues, van a ser esas obligaciones contraídas por España, en tres ámbitos: Naciones Unidas, Consejo de Europa y Unión Europea, y que han dado lugar a la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010.

Las relaciones de Disposiciones las voy a reducir a tres: la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptadas por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003; el Convenio Penal sobre corrupción, de 27 de enero del 99 del Consejo de Europa, conocido como Convenio 173; y la Decisión Marco 2003/568 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la Lucha contra la Corrupción en el Sector Privado.

La Convención de Naciones Unidas fue –como ustedes saben- firmada por España el 10 de mayo de 2005-, se extiende a la tipificación de los delitos de corrupción, a la prevención de prácticas corruptas mediante mecanismos de supervisión de la Administración Pública, a la vigilancia del sector financiero en cuanto puede ser utilizado para el blanqueo de dinero -de ahí que tengamos que hacer una breve referencia al blanqueo-, y también a la cooperación internacional como un elemento clave de la lucha contra esta forma de criminalidad, potenciando el instrumento de extradición.

Este último apartado, que se olvida con cierta frecuencia, es clave:

La lucha contra la corrupción es una lucha transnacional, ya no es un fenómeno interno reducido al territorio de cada Estado, sino que es transfronteriza. De ahí la importancia de actuar determinados mecanismos, como la extradición, para evitar la impunidad en este tipo de delitos.

Pero, si algo destaca de la Convención de Naciones Unidas, y que España no ha recogido, quizá porque el Código Penal no es el sitio más adecuado, es la configuración de un conjunto de mecanismos de recuperación de activos de origen ilícito.

La Convención prevé unos mecanismos que impidan al corrupto enriquecerse ilícitamente como consecuencia del delito eludiendo la restitución de los bienes mediante su transferencia a otro país o su ocultación de otro modo.

Desde el punto sustantivo la Convención incluye unos delitos de tipificación obligatoria y otros de tipificación facultativa.

España, tras la reforma que se va a entrar en vigor el próximo 23 de diciembre de este año, ya contempla estos delitos salvo el de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

¿Qué es el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos? Pues una modalidad delictiva de naturaleza cercana a los tipos de sospecha que el Convenio define como *el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público, respecto de sus ingresos legítimos, que no pueda ser razonablemente justificado por éste.*

Observen que este incremento injustificado de patrimonio del funcionario público no se puede llevar a un Código Penal como el nuestro porque lo que se está haciendo es invertir la carga de la prueba. Se está diciendo que es el funcionario el que tiene *razonablemente* que justificar el origen de ese patrimonio, cuando éste sea mayor o significativamente mayor al que debería tener con sus ingresos. Por lo tanto en el ámbito penal es de difícil inclusión.

Sin embargo, creo que sería perfectamente abordable desde la perspectiva de la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito. Sería abordable en esa fase o en esa parte del proceso penal porque ahí no cabe hablar de *inversión de la carga de la prueba* –en realidad vulneración de la presunción de inocencia-, porque es la parte civil de un proceso penal. Y por lo tanto, al modo de las leyes de decomiso, mundialmente conocidas en materia de blanqueo, puede introducirse esta prevención.

La corrupción preocupa a todos los países y a las organizaciones internacionales en particular porque, en primer lugar, la criminalidad organizada prospera más fácilmente en los países con alto índice de corrupción. En segundo lugar, porque los países corruptos tienen un índice de competitividad sensiblemente inferior a los países no corruptos o con menor corrupción. Y, en tercer lugar, porque pudre el sistema, al corromper a funcionarios, políticos, jueces; a las instituciones.

Por eso el Consejo de Europa, en su Convenio Penal sobre la Corrupción, de 17 de enero de 1999, que es un Convenio tremendamente amplio, lo considera una amenaza grave para la democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos, amenaza que ya anteriormente había sido puesta de manifiesto en la Conferencia de Ministros de Justicia Europeos, celebrada en Malta en 1994, y que dio lugar al Programa de Acción contra la Corrupción, que se aprobó en 1996.

Este Convenio 173 -como se le conoce popularmente; el 174 es el de corrupción en el ámbito civil- que es la respuesta del Consejo de Europa al problema, se abrió la firma en enero del 99, y entró en vigor el 1 de enero de 2002. Sin embargo, nosotros estamos acabando de implementarlo.

Paralelamente se crea el GRECO, Grupo de Estados contra la Corrupción, del que España es parte desde el principio. El GRECO tiene como característica que utiliza un programa dinámico de evaluación de los Estados, de forma que está permanentemente evaluando el nivel de corrupción, el nivel de problemática que existe en cada uno de esos Estados. Y supone, también, una forma de presión mutua entre los Estados Miembros para la aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales de lucha contra la corrupción.

Pues bien, España, que es miembro del GRECO desde el principio no firmó el Convenio 173 hasta hace bien poco. Y no firmó el Convenio 173, no porque no tuviera voluntad de lucha contra la corrupción, sino porque temía que de firmarlo sin hacer ningún tipo de reserva Gran Bretaña pudiera extender el ámbito de la cooperación internacional a Gibraltar, dándole rango de interlocutor directo en la materia.

Este reparo que tenía España ha hecho que pasaran años sin que al final suscribiéramos el Convenio. La situación cambió hace poco, el 10 de mayo de 2005, cuando nuestro país firmó el Convenio 173, aunque no ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado hasta julio de este año 2010.

Por lo tanto, hasta hace escasamente tres meses no habíamos asumido el Convenio 173, a pesar –insisto- de que éramos miembros del GRECO, y en consecuencia había ahí una tirantez, había un contra sentido entre nuestra norma jurídico penal, en particular, y la pertenencia a un grupo, como el GRECO, que establecía fortísimas medidas de presión en la lucha contra ese ámbito de criminalidad.

El concepto de corrupción que utiliza el Convenio 173 es muy amplio pues alcanza a cualquier –dice- *ventaja indebida* (recuerden esto, habla de ventaja indebida, ya veremos que nuestro legislador no se adapta exactamente a esta expresión creando algún que otro problema), a cualquier ventaja indebida que pueda recibir un agente público, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus

funciones y, en todo caso, se exige que todas las modalidades de corrupción sean castigadas con pena de prisión.

Junto a este Convenio –lo he mencionado de pasada- está el Convenio Civil sobre Corrupción, que es conocido como Convenio 174, firmado el 4 de noviembre del 2003, y que no nos afecta en materia penal, pero sí incide en la responsabilidad civil, dimanante del hecho ilícito en el sistema de responsabilidad civil.

Bien. Y qué nos ha obligado a realizar el Convenio. ¿Por qué es tan importante el Convenio? ¿Por qué al final el legislador español ha tenido que hacer una macro reforma, como la que ha hecho, en particular en esta materia? Pues porque el Convenio obliga a revisar el delito de cohecho, obliga a revisar el delito de tráfico de influencias, el delito contable y, por supuesto, a configurar el nuevo delito de corrupción en el sector privado.

Por lo que respecta al cohecho clásico, atinente a la función pública, las conductas que describen los artículos del Convenio se corresponden con las que tenemos en el Código Penal en los artículos 419 a 427, tanto en su modalidad de cohecho activo como de cohecho pasivo de autoridades y funcionarios, por lo que en principio no resultaba necesaria ninguna modificación. La reforma no tenía por qué tocar el cohecho público, el cohecho clásico, porque ya nos adaptábamos al Convenio, salvo en materia de penas.

El Convenio exige que cuando el delito es cometido por persona física las penas privativas de libertad tenían que ser de duración tal que posibiliten la extradición. (Recuerden que les he dicho que ya Naciones Unidas y también el Convenio 173 querían fomentar la cooperación internacional, especialmente a través del mecanismo de extradición, del instrumento de la extradición). Y como exigía que la penalidad fuese de las que da lugar a la extradición era imprescindible que los delitos, todos los delitos de cohecho clásico, tuvieran pena privativa de libertad o medida de seguridad, que no fuera inferior a un año en su grado máximo. Por lo tanto ya nos marcaba un límite ineludible, pena o medida de seguridad que no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo.

Nuestro Código Penal no se ajustaba, no se ajusta todavía hasta el 23 de diciembre, plenamente a esta exigencia, veamos:

En el Art. 421, que pasa a ser el 419 no se llegaba a ese mínimo penológico. Se trata del delito que castiga a la autoridad o funcionario público que se abstiene de un acto que debería practicar en el ejercicio de su cargo. Es decir, el cohecho omisivo, se abstiene de un acto al que está obligado por el ejercicio de su cargo.

Tampoco cumplía ese mínimo punitivo en el 424, que pasa a ser el 425; el supuesto del sobornador en causa criminal, a favor de su cónyuge o un familiar.

Igual ocurría en el 425.1, autoridad o funcionario que solicita dádiva o presente, o acepta su ofrecimiento o promesa, para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, si ese acto no es constitutivo de delito.

Y lo mismo pasa con el actual Art. 426, autoridad o funcionario que admite dádiva ofrecida en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

Por lo tanto la reforma ha incrementado las penas en el 421, nuevo 419; 424, nuevo 425; 425.1 y 426.

Y, por último, ha dado una nueva redacción a la conducta típica en el delito de cohecho pasivo impropio -tan de moda ahora- extremadamente amplia, que solo por vía jurisprudencial podrá corregirse, porque sino, en su literalidad, hasta recibir cestas de Navidad constituiría delito.

Bien, el legislador español podía haber resuelto estos problemas de los artículos que les he citado simplemente con una pena alternativa de prisión -actualmente no la tiene-.

Bastaría con haber añadido, “pena de multa...o prisión de 6 meses a un año”, con lo que cumpliría con el requisito del mínimo punitivo a efectos de extradición. Sin embargo, nuestro legislador no ha optado por aplicar alternativamente la pena de prisión con la disyuntiva “o”, sino que ha aplicado unas sanciones mucho más duras. Ha propiciado un endurecimiento cuasi ejemplar. Endurecimiento cuasi ejemplar que afecta sobre todo a las penas mínimas de prisión. Las penas mínimas de los tipos pasan a ser en todos los casos penas de prisión y las máximas llegan a 4, 5 y más años. Y a mí me parece, en contra de lo que se diga, que estamos incurriendo en una expansión inadmisibles del Derecho Penal, que se está llegando a una punición excesiva de conductas, pero con penas inadecuadas en su naturaleza. ¿Por qué? Porque como penas privativas de libertad me pueden parecer bien, aquilatadas hablando de corrupción pública. Pero me sorprende que sigamos dejando las inhabilitaciones como estaban, como una especie de perdón encubierto, de modo que una vez extinguida la pena privativa de libertad prácticamente se ha cumplido y que permite en teoría el reintegro o al menos el intento de rehabilitación en la función pública. Yo creo que habría que ser más duro, más expansivo con las penas de inhabilitación, y quizás se podría haber bajado el límite máximo de las penas privativas de libertad, que no el mínimo de la reforma, que yo creo que es muy adecuado.

Junto a esto ya les comenté que tenemos un problema, un problema con favor, favorecimiento, corrupción y corruptela. Y es que en el Art. 419 -cohecho pasivo propio- que también se reforma, las conductas típicas pasan a ser, *recibir o solicitar dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptar ofrecimiento o promesa*. Y el nuevo 424, cohecho activo –el que he mencionado antes, recuerden, es el pasivo propio- incrimina al particular que ofreciera o entregare dádiva o retribución de cualquier clase, pero no menciona el favor, no habla de favor. Lo que quiero poner de manifiesto, siguiendo a Julián Sánchez Melgar, es que en el cohecho activo la dádiva o retribución tiene un claro contenido económico, pero no así en el pasivo, porque un favor no tiene por qué tener un contenido económico, ni siquiera tiene que ser evaluable económicamente en determinados supuestos. Imagínense que ese favor es un favor sexual, problemas concursales al margen.

Por lo tanto, soy crítico con haber utilizado la expresión favor, aunque soy consciente de que el legislador lo que ha querido cubrir es el espacio de impunidad constituido por lo que yo llamo favorecimiento. La corruptela, la actividad más venial de todas, en principio, porque no tiene un contenido claramente económico, pero que se daba con excesiva frecuencia en los ámbitos más básicos, sobre todo de la Administración.

Este problema veremos, además, que se complica cuando estudiemos el cohecho entre particulares. Porque en el cohecho entre particulares hay una importante discusión técnica sobre si el contenido de la ventaja obtenida por el corrompido tiene que ser

económica o no, lo que se complica precisamente cuando se analiza desde la perspectiva del cohecho en la función pública, al que luego me remitiré.

También la reforma del cohecho clásico necesitaba o exigía que se incorporaran nuevos sujetos activos. Son los funcionarios internacionales y extranjeros que contempla el Convenio, porque el actual Art. 24 de nuestro Código Penal es insuficiente en esta materia, lo que determina que se de una nueva redacción al Art. 427 del Código Penal.

Por último, el delito de cohecho en su modalidad activa incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como sobre esto tuvieron ayer, creo, por lo que hemos comentado antes, una amplísima intervención voy a omitir toda referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El segundo ámbito de conductas -ya muy brevemente, para llegar a la corrupción privada- es el delito de tráfico de influencia y blanqueo.

El Convenio 173, en el Art. 12 tipifica el tráfico de influencia y la conducta que recoge el Convenio está perfectamente cubierta por los artículos 428 a 431 del Código vigente, que pasarán a ser 428 y 429, tras la reforma. Lo único que se modifica es que se amplía el sujeto activo del tráfico de influencia a las distintas categorías de autoridades y funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales, en la misma línea que acabo de exponer para el cohecho activo.

Por su parte, en el delito de blanqueo no hemos tenido que hacer ninguna modificación. ¿Por qué? Porque ya en la penúltima reforma del Código Penal, que afectó al Art. 301, se cumplió con nuestros compromisos internacionales permitiendo que el delito antecedente del de blanqueo pueda ser cualquiera, con independencia de su gravedad.

No sé si ustedes recuerdan que antiguamente el delito antecedente del blanqueo tenía que ser un delito grave. Esto provocaba que delitos menos graves -como son casi todos los de corrupción-, no podían ser delito antecedente o delito subyacente del blanqueo de capitales.

El delito contable. ¿Por qué hay que regular en relación con la corrupción también el delito contable? Pues, porque tiene un carácter claramente instrumental respecto a aquel.

El delito contable puede tener un doble vínculo con la corrupción. O bien se configura como un acto preparatorio de los delitos de corrupción, o bien es un acto que enmascara la corrupción principal u otros delitos relacionados con la corrupción.

Por lo tanto es un delito preparatorio, delito medio, instrumental, o bien proporciona o intenta procurar la impunidad. ¿Cómo? Mediante, por ejemplo, el falseamiento de la contabilidad, factura, recibo, etc. Por eso la acción típica consiste en extender o utilizar una factura o cualquier otro documento, asiento contable, que contenga informaciones falsas o incompletas, o bien en omitir, de manera ilícita la contabilización de un pago. Ésta es la definición de la conducta típica que da el Convenio y que no se corresponde plenamente con nuestro 310 del Código Penal. No se corresponde porque nosotros el delito contable, como delito instrumental, solo lo asociamos a la infracción tributaria.

En cualquier caso no es preocupante porque tenemos la falsedades documentales generales, sobre todo en documentos mercantiles, que propiciarían o permitirían aplicar también este delito contable como delito instrumental en la modalidades de corrupción. Bien entendido que el que el legislador español no haya modificado el 310 del Código ,

aunque esto no tiene trascendencia desde la perspectiva del cumplimiento de nuestras obligaciones internacionales porque el Convenio 173 permite en este caso, en el caso del delito contable, que la sanción sea penal o administrativa.

.....

Pasemos ya a analizar el nuevo delito de corrupción privada, que es la gran novedad.

Es un delito tremendamente interesante, pero también tremendamente complejo, del que destacaré lo que creo esencial con el ruego de que cualquier aspecto que les sea de su interés y que no comente o lo haga insuficientemente lo introduzcan en el coloquio.

La necesidad de introducir el delito de corrupción privada en nuestra legislación es evidente, y es evidente no solo por los compromisos internacionales, sino porque lo que implica la corrupción privada no está cubierto por el deber genérico de lealtad en la gestión del patrimonio empresarial que articula el 295 del Código Penal. Es decir, es necesario regular la corrupción privada porque con el 295 -que es el único tipo que habla de deber de lealtad genérico en la gestión del patrimonio empresarial- no se abarcan muchas conductas que son corruptas y que perjudican –como veremos ahora- al mercado, a los consumidores, a la libre competencia, a los usuarios en general.

Además la necesidad de tipificar este delito viene directamente, no ya vía Convenio 173, no Convención de Naciones Unidas sino que es una exigencia de la Unión Europea, una obligación derivada de la Decisión Marco de 22 de julio de 2003, de Lucha contra la Corrupción en el Sector Privado, que obliga a tipificar estas conductas. Y es una obligación que España tenía que haber cumplido hace cinco años, de modo que no hay discusión alguna, no es que nos guste o no nos guste incluir en el Código Penal la corrupción privada, es que teníamos que incluirla porque es una obligación de los miembros de la Unión Europea.

Está regulada en un solo artículo, el 286 bis del Código penal, cosa que es –en mi opinión- criticable en cierto modo.

Es un artículo “bis” muy amplio, muy extenso, que incluso se le ha calificado, por Sánchez Melgar, entre otros, como de estructura compleja, según luego veremos.

Lo primero que hay que plantearse es cuál es el bien jurídico protegido.

El legislador dice que es el normal funcionamiento del mercado, mediante la salvaguarda de la competencia profesional y empresarial en la contratación de bienes y servicios, esto lo decía, perdón, el legislador en los informes a los borradores, porque en el Preámbulo de la Ley 5/2010, dice que se trata de garantizar una competencia honesta, mediante la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de las entidades privadas, de forma similar a lo que se hace en el delito de cohecho. Es decir, establece una analogía entre el delito de cohecho y el nuevo delito de corrupción privada.

Yo creo que no es muy afortunado el acercamiento al bien jurídico protegido que hace aquí el legislador.

Personalmente me sitúo más próximo a la postura mantenida por Julián Sánchez Melgar, como saben ustedes, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuando entiende que el encuadre sistemático de este delito dentro del título XIII, de los

delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico -y concretamente en su Capítulo XI, que se rubrica de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial al mercado y a los consumidores-, unido a que se incluye entre los posibles afectados a empresarios individuales y todo tipo de organizaciones, incluso autónomos y personas físicas, hace que quizás sea más adecuado decir que el bien jurídico protegido es en realidad la regularidad en la contratación civil y mercantil.

Pero esta posición no es pacífica y así el Consejo Fiscal en el informe que emitió el 15 de octubre de 2009, ya dice que esa ubicación sistemática no permite delimitar con claridad el bien jurídico protegido, y el Consejo General de la Abogacía del Española incidió en la misma cuestión.

¿Tiene importancia esto del bien jurídico protegido?

Pues sí, sí la tiene, porque la propia analogía que en el Preámbulo intenta hacer el legislador entre cohecho y corrupción privada nos va producir luego unas tiranteces interpretativas de difícil solución si no tenemos claro cuál es el bien jurídico protegido.

Estructuralmente, desde luego, el delito de corrupción en el sector privado es una modalidad del delito de cohecho, de esto no cabe ninguna duda, lo dice el legislador y yo no tengo tampoco duda, según la propia Exposición de Motivos, pero lo que no está tan claro es que siendo estructuralmente una modalidad de cohecho tenga analogía con el cohecho clásico o el sector público. Por ello podemos decir, lo dice Sánchez Melgar –como anticipé- que es de estructura compleja, porque en su primer apartado contiene la conducta activa, al modo del cohecho activo clásico; en el segundo apartado el pasivo, el cohecho entre particulares pasivo; en el tercero se introduce una cláusula de arbitrio judicial, a modo de tipo atenuado o de subtipo atenuado; y por último, en el cuarto apartado nos encontramos nada más y nada menos que un tipo coordinado activo y pasivo que se refiere a la corrupción en el deporte profesional, es decir, aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar, de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales. (Por si no me da tiempo a llegar aquí, ya les anticipo que solo es en las profesionales. El legislador ha querido excluir expresamente cualquier otro ámbito de conducta, lo que parece correcto, entre otras razones por el carácter fragmentario del Derecho Penal).

El tipo del artículo 286 bis es un delito especial propio cuando lo cometen los sujetos señalados en él -administradores, directivos, colaboradores, empleados, etc.-, y es un precepto común desde la perspectiva activa, puesto que lo puede cometer cualquiera, aunque de ordinario ese cualquiera será, a su vez, un directivo, empleado, administrador, o en definitiva gestor de otra empresa que coloque bienes o servicios en el mercado.

Es además un delito público, lo que me preocupa sobre manera.

Es un delito público porque tras la modificación del Art. 287 del Código Penal, únicamente exigen denuncia del agraviado, como requisito de procedibilidad o de perseguibilidad los delitos comprendidos en las Sección Tercera, que son delitos semipúblicos o semiprivados.

Con esto qué quiero resaltar que el cohecho entre particulares se configura como un delito público puro -cuya clara finalidad que es conferirle una proyección social a la corrupción particular- de manera que cualquiera puede denunciar esos comportamientos, constituyéndose en acusación popular.

Y me preocupa sobremanera porque abrir este delito a la acusación popular va a propiciar, con casi toda seguridad, un problema grave de tipo económico, financiero y mercantil:

La afectación de la reputación de las empresas.

Si cualquiera, si cualquier ciudadano, en el uso del ejercicio de la acción popular, puede interponer la correspondiente querrela constituyéndose en parte procesal por un supuesto delito de corrupción entre particulares sobre un presupuesto de hecho sin base alguna eso no irá a ningún sitio –no acabará en juicio-, pero entre el momento en que se presenta la querrela y se admite, y aquel en el que después de los preceptivos informes y con la característica agilidad de nuestra Administración de Justicia se llega al sobreseimiento -normalmente provisional- hemos causado un daño casi irreparable a la reputación de una empresa. Y eso tiene un coste económico elevadísimo.

Por lo tanto, yo soy absolutamente y radicalmente contrario a la reforma en este punto.

Creo que hubiera sido un momento magnífico para limitar la acción popular respecto a estos delitos.

Ya sé –insisto- que el legislador ha pensado en la proyección pública, ha pensado en que la sociedad se implique en la lucha contra la corrupción. Claro, el problema es que el sistema procesal, sin el cual no se puede entender el Derecho sustantivo Penal no funciona, porque a la acusación popular le sale gratis acudir a los tribunales y más si litiga contra grandes corporaciones. Sin embargo las consecuencias –insisto- sobre todo para el crédito de la empresa, el buen nombre comercial, la imagen corporativa, la marca y en definitiva la reputación, pueden ser graves.

En otro orden de cosas, el enjuiciamiento de estos delitos corresponde al Juzgado de lo Penal, salvo en los supuestos de conexidad procesal con otros delitos, lo que tiene la ventaja de la doble instancia. Si no ocurre esto ni se eleva la pena de prisión por encima de los 5 años, la competencia es siempre de los Juzgados de lo Penal.

Pero volvamos al tipo penal que, además de ser de tipo complejo normalmente será o aparecerá como una infracción bilateral, que exige la cooperación entre dos personas: la que realiza el ofrecimiento y la que recibe la dádiva.

No obstante, tengo que aclarar que la corrupción privada, al igual que el cohecho, puede, en ciertos casos, ser unilateral, puesto que se castiga también la mera solicitud de dádiva, aunque no se produzca su entrega y también la mera promesa u ofrecimiento de la dádiva, aunque ésta no sea aceptada. Es decir, se castiga el intento de corromper como un delito específico, no como una forma imperfecta de ejecución, sino como un delito propio. En síntesis, por tanto, se castiga tanto la conducta de quien ofrece el beneficio o ventaja para obtener la adjudicación, corrupción activa, como a quien actúa por cuenta de la entidad, adjudicando al primero el contrato a cambio de un beneficio o ventaja, que es la corrupción pasiva.

La esencia del delito del artículo 286 bis del Código Penal está en la consecución de un provecho propio o para un tercero, en la obtención de *beneficio o ventaja no justificado*.

Esto que es transcripción literal del tipo nos plantea uno de los grandes problemas de esta nueva figura.

El Convenio 173 y la Decisión Marco utilizan el concepto de *ventaja indebida*, y la Decisión Marco acota que se trata de una *ventaja indebida de cualquier naturaleza*, por lo tanto en principio no estrictamente económica. La Memoria explicativa del

Convenio advierte que las ventajas indebidas serán habitualmente de naturaleza económica, pero que pueden tener carácter inmaterial; y, por lo tanto, lo importante es que el infractor o cualquier tercero quede en una situación mejor que la que tenía antes de cometerse la infracción y que no tenga derecho a esa ventaja que le ha colocado en es mejor posición.

¿Por qué digo que esto va plantear problemas? Porque nuestro legislador no utiliza las expresiones de la Decisión Marco y del Convenio, no habla de ventaja indebida, sino de *beneficio o ventaja no justificado*.

Beneficio o ventaja no justificado por ventaja indebida.

Basta con una rápida comparación para entender que indebido y no justificado no es lo mismo; indebido es lo que no se debe, lo que no se está obligado a dar, no justificado es todo aquello que no está amparado por el Derecho, por una norma legal o por una norma de conducta, pues no tiene por qué ser jurídica. Por lo tanto lo primero que vemos es que este elemento del tipo es un elemento mucho más amplio en la legislación española de lo que exigían los convenios internacionales. Y nos va a dar ciertos problemas, porque, como dice Sánchez Melgar, hay que tener presente que en el cohecho pasivo propio, cometido por el funcionario público se incluye el favor, y dice *o retribución de cualquier clase o aceptar*; y en el 424, en el cohecho activo, se incrimina al particular que ofreciera entrega de dádiva *o retribución de cualquier clase*.

Es decir, en el cohecho clásico activo, el que afecta a la función pública, la dádiva o retribución tiene un claro contenido económico. Recibir o solicitar dádiva, favor o retribución de cualquier clase (aunque ya he comentado que en mi opinión lo de favor no está tan claro que tenga contenido económico), mientras que en el delito de corrupción entre particulares el beneficio o ventaja no es rigurosamente traducible en términos crematísticos, al referirse la ley a que sean de cualquier naturaleza.

La confusión es todavía mayor si, como dice el mismo autor, examinamos el nº 3 del 286 bis, el tipo atenuado.

En él el legislador se refiere a la *cuantía* –literal- cuantía del beneficio de la ventaja para regular el tipo atenuado, la menor pena... Concretamente dice, *los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja y la trascendencia de las funciones del culpable, podrá imponer la pena inferior en grado y reducir la multa a su prudente arbitrio*. Por tanto, si en el tipo atenuado el legislador se remite a la cuantía, parece que en el tipo básico la ventaja tiene que ser económicamente evaluable. Y así lo indica también el que al fijar la cuantía de la multa en el tipo básico el legislador diga que se impondrá la multa del tanto al triplo *del valor* del beneficio ventaja.

Así pues, la ley dice, por una parte, que puede ser de cualquier tipo la ventaja, incluso inmaterial, si nos vamos a las fuentes internacionales que ilustran la interpretación de nuestro Código Penal, pero, por otro, al establecer la pena la multa es una multa proporcional al *valor* del beneficio o ventaja. Y lo mismo ocurre cuando acudimos al tipo atenuado donde la cuantía del beneficio o el valor de la ventaja es una de las pautas para atenuar la pena.

De todo ello habrá que concluir, quizás por principio de seguridad jurídica, que se quiera o no, solo podrá integrarse el delito de corrupción entre particulares cuando el beneficio o ventaja que se obtiene indebidamente, injustificadamente como dice nuestro legislador, tenga traducción económica o sea valorable económicamente.

Desde luego esta es la solución más fácil para integrar este elemento normativo, porque en otro caso los problemas iban a ser muchos –incluso- de legalidad estricta.

En cualquier caso –como vengo diciendo- esa contraprestación ha de ser un beneficio o ventaja *no justificado*, elemento normativo del tipo que plantea bastantes problemas. Porque ¿qué es no justificado en el ámbito de lo privado donde no siempre existen normas escritas, donde las instrucciones y el trabajo en empresa se realiza bajo la cobertura de instrucciones verbales o directrices generales de las empresas o sociedades? ¿Cómo vamos a saber si es justificado o no si esas normas o instrucciones son verbales?

Es complicado, es complicado sobre todo porque, en la práctica, si se produce una investigación por corrupción entre particulares el que dio la instrucción verbal probablemente en uso de su derecho de defensa negará haberla dado.

En fin, creo que este elemento normativo plantea también bastantes problemas, porque unas veces las obligaciones van a estar claramente reguladas como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de sociedades anónimas; en las que “*entre las obligaciones del administrador está la de anteponer el interés social al personal, en los negocios u operaciones en que intervenga en calidad de tal administrador*”, pero otras no.

En el caso de las anónimas no hay duda de que cualquier actividad de un administrador societario que anteponga el interés personal al de la sociedad, al general de la sociedad, con obtención de un beneficio o ventaja será no justificado. Pero no ocurre lo mismo con la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada y mucho menos en otros escenarios que examinaremos cuando veamos el ámbito de aplicación de la norma penal, a quién afecta y a quién no afecta este tipo.

Un poco más allá yo me atrevo a decirles que es muy frecuente leer en los manuales que están saliendo, todos deprisa y corriendo comentando la reforma, que normalmente no habrá problema, porque ese beneficio no justificado se verá porque el coste del soborno será un mayor coste para la sociedad, es decir, la empresa obtendrá el servicio o el suministro a mayor precio -el precio de compra del suministro más el del soborno-, y que por lo tanto habrá un perjuicio económico, aunque no lo exige el tipo penal.

No creo que las cosas sean tan fáciles. Veamos un caso de laboratorio. Llamémosle el “soborno palanca”:

Un individuo tiene un producto novedoso para colocar en el mercado, ese producto no está suficientemente contrastado y no se sabe la aceptación que va a tener en el consumidor, ni se sabe siquiera la fiabilidad desde otros puntos de vista como la seguridad. Entonces, este individuo, para colocar su producto, soborna a varias empresas para que se lo compren y lo saquen al mercado, resultando que el producto tiene un éxito espectacular, así que la empresa sobornada, no solo no ha tenido perjuicio, sino que ha tenido unos extraordinarios beneficios.

¿Hay corrupción o no hay corrupción? ¡Hombre!, sin duda que hay corrupción, porque interviene una dádiva, una entrega, evaluable económicamente, que es el soborno que determina la voluntad de la empresa en orden a adquirir un producto con elevados riesgos sobre su aceptación, y como el tipo penal no exige que haya un perjuicio para la sociedad en nada cambia el hecho de que luego sea un éxito de ventas. El acto de corrupción se ha producido, cuestión distinta –insisto- es que el elemento normativo, *beneficio o ventaja no justificada*, nos lleva a conclusiones un tanto absurda en estos supuestos.

Creo que la única forma de evitar estos problemas es reconducir este elemento normativo a los códigos de conductas y prácticas o códigos de buenas prácticas de las empresas, organizaciones y de las ramas de actividad correspondientes.

Cuando haya un derecho estatutario no habrá problema, cuando no haya un derecho estatutario sería importante que las entidades afectadas establezcan códigos de conducta, porque tenemos otro problema, y es que la corrupción privada se puede aplicar a entidades con ánimo de lucro y a entidades sin ánimo de lucro. Es decir, el ámbito de aplicación es tan extenso que abarca también a las organizaciones que no actúan en el mercado.

¿Cuál es ese ámbito de aplicación? Toda clase de entidades mercantiles, civiles y agrupaciones colectivas, incluso en mi opinión sin personalidad jurídica. Porque dígame usted a qué se refiere el legislador cuando dice, quien por si o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradora *de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización*, un beneficio ventaja de cualquier naturaleza.

Una organización es simplemente una agrupación de personas –incluso sin personalidad jurídica-, para un obtener un provecho mutuo o fin común.

Por lo tanto se nos plantearía el problema de que incluso podría abarcar a agrupaciones colectivas sin personalidad jurídica. Y hay quien extiende también este ámbito de aplicación del tipo a los profesionales liberales y a los autónomos porque al mencionar la contratación de servicios profesionales parece que también entran dentro de su ámbito los autónomos por la vía del sujeto activo colaborador.

Para apreciar si nuestro legislador ha atinado o no con la reforma hemos de remitirnos a nuevamente al Convenio 173. ¿Qué exigía?

El Convenio hablaba de entidades del sector privado, no decía otra cosa, entidades del sector privado y actividades, y lo limitaba al ámbito de las actividades mercantiles, con lo que coincidía con nuestro Código Penal, con el ámbito de los artículos 297 y del 27 que exigen que se participe en el mercado, de modo que el que no participe en el mercado no puede ser sujeto de la corrupción privada, no está en su ámbito de aplicación.

Sin embargo, la Decisión Marco, en su Art.2.2 extiende la corrupción privada a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos o no lucrativos, con lo que incluye todos: fundaciones, agrupaciones, etc.

Nuestro legislador creo que ha ido un poco más allá, pero que, en cualquier caso, se encontró obligado por la Decisión Marco a incluir cualquier tipo de actividad profesional privada, entendiéndose por tales cuales quiera personas jurídicas, excluidas las administraciones públicas, tanto si se trata de una sociedad mercantil como una fundación, asociación sin ánimo de lucro, etc.

El criterio desde luego es amplio y excede con mucho del artículo 297 del Código Penal español, que siempre se refería al mercado, al mercado como corte, como límite de la actuación.

Esto nos crea un problema complejo con las empresas públicas con forma mercantil, jurídico-privada, y el problema de las empresas privadas que prestan servicios públicos. En esas empresas, empresas públicas con forma de sociedad anónima, por ejemplo -forma jurídico mercantil privada- o empresas privadas a secas, como una sociedad limitada que preste servicios públicos ¿se castigarán los actos de corrupción por el cohecho clásico o se castigaran como delito de corrupción entre particulares?

La pregunta, que aparentemente es muy sencilla, tiene su enjundia porque, entre otras cosas, el legislador se contradice en el Preámbulo de la ley y en el articulado.

En el Preámbulo de la ley, como Abraham Castro Moreno apunta, se dice que quedan excluidas del nuevo delito remitiendo para su sanción al delito de cohecho

clásico -aunque ninguna de las parte tenga la condición de funcionario público-, las sociedades privadas que presta servicios públicos y las sociedades o empresas públicas con forma jurídico mercantil privadas. En estos dos tipos de sociedades se castigarán por el cohecho clásico aunque no tengan la condición de funcionario público ninguno de los intervinientes en el delito.

Sin embargo, en el artículo correspondiente a la corrupción privada, 286 bis, no dice nada, y como ni los excluye ni nos remite a la corrupción en el ámbito público, obviamente por aplicación del principio de legalidad parece que no se puede castigar como cohecho clásico estas conductas y que habrá que llevarlas, en su caso, a la corrupción entre particulares, con detrimento del interés general, que estas empresas satisfacen. Porque un acto de corrupción en una empresa privada que actúa en el sector público afecta al interés general, al interés de todos, y una empresa pública, por mucho que tenga forma jurídico privada sirve en esencias intereses generales. Por lo tanto hay aquí una laguna que debería de haber sido corregida, pero que tiene imposible solución, porque -incluso- con la mejor de las voluntades, como expone Castro Moreno -con el que yo no estoy de acuerdo en esto, pero me parece que ha sido muy fino en el análisis-, el artículo 423, cohecho clásico, no permite la aplicación del delito de cohecho a cualquiera que desempeñe funciones públicas.

¿Por qué? Porque solo regula el cohecho pasivo, se refiere a los artículos precedentes, o sea, al 422, que es el cohecho pasivo, mientras que el activo está en el 424 y siguiente. De modo que no nos permite extender esas conductas al cohecho activo. Por lo tanto, quien corrompe al directivo de una empresa pública o que presta servicio público no puede ser castigado por el 423, que solo castiga al destinatario de la corrupción, no al corruptor.

Luego por esta vía, por muy buena intención que tengamos no resolvemos el problema.

¿Se solucionaría aplicando el 424, que sanciona al particular que ofreciere o entregare retribución de cualquier clase a quien participe en el ejercicio de funciones públicas? Pues creo que no está tan claro, porque si se fijan, habla de ofrecer, entregar retribución, pero no habla de las meras promesas, que sí están en la corrupción entre particulares, y si no habla de las promesas, porque solo castiga al particular que ofrece o entrega, mientras que el 286 bis incluye de forma separada la promesa, pues se quedan determinadas conductas fuera del tipo penal.

Se podría argumentar que la promesa queda incluida claramente en el ofrecimiento del 424; o sea, que cuando el 424 habla de ofrecimiento, eso es el equivalente a una promesa. Sin embargo, sostengo que no está tan claro, porque si aún incluyendo la promesa dentro de la expresión “ofrecimiento” del artículo 424, quedarías sin resolver el caso del particular que accede sin hacer efectiva la entrega. Accede a darle la dádiva, pero no la da realmente, no la entrega. Y el 424 solo sanciona a quien entrega la dádiva, no a quien la acepta pero no la entrega. Luego seguiríamos teniendo una laguna.

¿Cómo solventarla?

Creo que se resuelve acudiendo a la jurisprudencia y sancionando esto como corrupción entre particulares, con el inconveniente de que no abarca todo el injusto, pues toda la antijuricidad material de la acción no resulta completamente abarcada por el tipo. Y ¿por qué digo acudiendo a la jurisprudencia? Porque la jurisprudencia en materia de malversación ha sido tremendamente clara. Acuérdense del caso Tabacalera, por ejemplo.

En el caso Tabacalera S.A., cuando se detraen cantidades de empresas públicas con forma mercantil privada o de empresas concesionarias de servicio público, no se

puede aplicar la malversación, porque estos delitos exigen en el sujeto activo la cualidad de funcionario público, y no lo son los integrantes de los cuatro delitos tipo de esta empresa. Por ello lo reconducía a la antigua apropiación indebida.

Por el contrario, el propio Tribunal Supremo, cuando eran empresas municipales con forma de sociedad anónima, es decir, empresa pública con forma jurídico privada, sí castigó como cohecho clásico. Pero, cuidado! porque los directivos de las empresas municipales eran concejales, eran funcionarios públicos.

De modo que la doctrina sobre malversación, yo creo que nos deja muy claro el camino: Será la aparición del funcionario público lo que determinará que me sea de aplicación el cohecho clásico o la corrupción entre particulares.

Voy abreviando:

El responsable de la corrupción privada, que es otro tema muy importante, es el que ejerce cualquier tipo de función en la sociedad, la ley habla de directivos, administradores, empleados o colaboradores. Es decir, esto abarca prácticamente todo. Desde luego las dos dudas fundamentales son, eso de directivos ¿quiénes son? ¡Hombre!, son los miembros del Consejo de Administración, sin duda, entre otros, también lo son lo que llamamos el gerente, y no lo son en ningún caso los socios de una sociedad de capital, no lo pueden ser los socios que participan en la Junta General, porque aunque tengan poder de dirección, a través de los acuerdos de Junta, no son directivos en este sentido.

¿Y por colaboradores? Pues mire usted, en colaboradores lo que se ha querido meter es a los asesores, agentes comerciales, etc., es decir, a los intermediarios, que sin ser plantilla de la empresa actúan a favor de esa empresa y de camino corrompen para llevarse su parte de comisión y la otra que se lleva el directivo corrompido. O sea, ya aquí se corrompen tres, el que quiere obtener la contratación, el intermediario y el otro, y aquí no hay duda.

Más problema plantea que el legislador solo habla de administrador, sin precisar que incluye al administrador de hecho y al de derecho.

Las críticas han sido feroces en este punto.

Pues, lo siento, yo estoy de acuerdo con el legislador cuando se refiere solo a administrador, porque eso no roza ni de lejos el principio de legalidad, no plantea los problemas que se dicen.

Creo que en el tipo penal no se usa el concepto de administrador en sentido jurídico mercantil sino en el sentido común. Nótese que en la descripción típica se incluye hasta las organizaciones, por lo que el sentido común de administrador es el que administra, el que dispone, el que contrata, el que asigna partidas a un sitio u otro. Y por lo tanto incluye el de hecho y el de derecho, y sin duda el factor. ¿Hay quien discuta que el factor notorio, que es una figura histórica de nuestro Derecho Mercantil, está incluido en el tipo? Yo creo que, desde luego, está incluido.

Acabo con una reflexión final.

Dejando aparte el cumplimiento de nuestras obligaciones internacionales ¿era necesario regular la corrupción privada? ¿Era necesario castigar los hechos de corrupción entre particulares?

Creo que sí.

Hay varias razones, en el informe de esta casa se dieron tres o cuatro: una era que la corrupción en el sector privado socava los valores de confianza y lealtad; otra era garantizar el respeto a la competencia equitativa y leal; otra razón que se daba era que

hay un proceso de privatización y de transferencia hacia el sector privado de la gestión de servicios públicos. Creo que todos son argumentos muy poderosos.

Pero también creo que sobre estos argumentos hay otro que no gusta oír, y que es importante, creo yo, para meditar..., no tengo mucha seguridad en lo que voy a decir, pero no quiero dejar de plantearlo, es el siguiente:

En el Estado liberal actual la separación entre público y privado, entre función pública y mercado privado, entre economía y poder, se está diluyendo. El poder económico y el poder político se confunden, lo que no ocurría antes, ahora cada vez están más confundidos, están tan interrelacionados que es imposible abordar, con un mínimo de garantía, los fenómenos de corrupción, sin sancionar los actos de corrupción entre particulares. Y ésta creo yo que es una razón única, con ésta sola ya nos sobran todas las demás. Poder político y poder económico están interrelacionados, hoy por hoy, en el mundo actual, en nuestra sociedad actual, hasta el punto -y ustedes lo saben mejor- que yo, que es imposible deslindarlos, y por lo tanto el fenómeno tiene que abordarse desde todas las perspectivas.

Sin embargo, también estoy convencido de que el legislador debería hacer un último esfuerzo e incluir unas sanciones administrativas, por vía régimen disciplinario, en la función pública, y de otro tipo en determinadas ramas de actividad jurídico privadas. No se trata de sanciones penales sino de sanciones estatutarias, corporativas o disciplinarias, que evitaren que todo se reconduzca al Código Penal, pues no olviden que el Derecho Penal debe de ser siempre el último bastión, hay que acudir a él solo cuando la conducta sea de suficiente gravedad para que afecte al conjunto de la comunidad y no haya otro remedio más eficaz, de menor coste y menos dañino para todos. Gracias.

Sr. D. Joaquín de Fuentes Bardají

Muchas gracias, Presidente. Vamos con retraso, pero yo creo que lo podemos asumir. Podemos darnos diez minutos y retrasamos media hora lo demás, porque tenemos lapso para alguna cuestión que se quiera plantear al Sr. Presidente de la Sala de lo Penal. La riqueza de cuestiones que ha suscitado probablemente determine alguna duda.

Intervención

Bueno, en primer lugar, gracias por su brillante exposición. En relación con el último delito que ha analizado, el de la corrupción entre particulares, ¿no cree que ha quedado demasiado plagado de conceptos jurídicos indeterminados, que dejan, pues, como ha dicho, que lo convierten en un tipo penal en blanco excesivo, y que va a ser producto de la jurisprudencia, probablemente, como haya que ir rellenando de contenido el precepto?.

Cuando habla en concreto, en el apartado 1º, del incumplimiento de las obligaciones, a diferencia de lo que ocurre en el cohecho, esas obligaciones del funcionario quedan más delimitadas, aunque sea de forma general, en el Estatuto básico del empleado público. Pero, ¿qué ocurre con los particulares, cómo determinamos esas obligaciones? Salvo que empresas grandes determinen o establezcan los códigos de conducta, a los que ha aludido, pero si son empresas que no los tienen, ¿cómo llenamos de contenido esa parte del precepto?

Ilmo. Sr. D. Javier Gómez Bermúdez

Ése es uno de los puntos que he tratado de aclarar. Vamos a ver.

Creo que en esta cuestión el legislador español no tiene culpa, la redacción del tipo obedece justamente a la amplitud de la Decisión Marco, la Decisión Marco es tan amplia que exige prácticamente esto. Lo que yo creo que produce un efecto pernicioso es mezclar este incumplimiento de las obligaciones con el concepto de ventaja no justificada, en vez de haber puesto ventaja indebida. Esas obligaciones o son las de la correspondiente forma jurídica de la sociedad o empresa que se trate, si es una anónima habrá que acudir a la Ley de Sociedades Anónimas y a los concretos Estatutos de la sociedad que se trate, si es una ley de responsabilidad limitada igual, y si no son este tipo de conformaciones o de formas societarias, habrá que acudir a la existencia o no de un código de buenas prácticas.

Ahora, ¿qué es incumplir las obligaciones? Con carácter general, todo aquello que te beneficie a ti en perjuicio de la sociedad o de la agrupación que se trate. La casuística va a ser infinita, llevas toda la razón. Serán los tribunales, al resolver los casos concretos que se nos planteen los que iremos afinando, pero ahora mismo no tienes ninguna otra pauta. Por eso decía que es una norma parcialmente en blanco, pero, claro, yo creo que ahí al legislador no le quedó más remedio. El error –insisto- está en combinar eso con decir ventaja o beneficio injustificado, en vez de indebido, porque si llega a decir indebido hubiéramos acotado tremendamente el campo. No es descartable que el Tribunal Supremo, cuando le lleguen los primeros asuntos, reconduzca no justificado a indebido, por vía de interpretación.

Intervención

Primero quiero agradecerle la conferencia, la brillantez con la que, por otra parte ya te he escuchado en muchas otras intervenciones en otros foros. Ahondando en este mismo problema, completamente de acuerdo en que efectivamente el concepto de indebido nos encajaría mejor en un juicio de caso concreto, perfectamente, pero, me permito levemente discrepar o plantearle la cuestión siguiente. Norma penal en blanco, efectivamente, norma penal blanco que remite –dices- a los códigos de buenas prácticas, a los códigos éticos, ese tipo de normas internas –por decirlo de alguna forma-. Bien. Mi objeción es la siguiente, la norma penal en blanco remite siempre a la norma extrapenal, ¿es norma el código de buenas prácticas?. ¿Lo es?. Es decir, en técnica penal ortodoxa, cuando nosotros remitimos a otra cosa. ¿eso no tiene que ser obligatoriamente una norma jurídica, con efecto de vinculante, lo que conocemos de acuerdo con la teoría general del Derecho, que es norma imperativa, etc..?. ¿Podemos de verdad remitir a los códigos de buenas prácticas?, o ¿más bien lo que estamos haciendo es –perdóname la expresión- vestir un poco el santo, para que al final sea el juez el que discrecionalmente, sin tener experiencia, por otro lado, en el mundo mercantil, por su propia naturaleza de autoridad, que no puede dedicarse al comercio, interprete de acuerdo con su propio criterio, proyectando sus propios valores sobre lo que debe ser la obligación del directivo para interpretarlo?.

Ilmo. Sr. D. Javier Gómez Bermúdez

¡Hombre!, tú, como magnífico jurista que eres das una de las pautas, se habla de norma parcialmente en blanco, y efectivamente en buena técnica una norma en blanco

no puede remitirse a algo que no tenga carácter general, a otra norma escrita de carácter general, pero en este caso sí. La incorrección técnica es hablar de norma parcialmente en blanco, habría que decir más bien norma de remisión. ¿Por qué? Voy a dar primero la razón jurídica y luego un ejemplo muy claro.

La Decisión Marco en el Art. 1 lo aclara, no está hablando de esto, pero es fuente de interpretación, y lo aclara cuando dice, en su Art. 1, que el concepto del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho Nacional, de las obligaciones que se incumplen, deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituye un incumplimiento de una obligación legal, o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se apliquen en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo, por su entidad del sector privado. Es decir, la propia Decisión Marco nos habla de normas o reglamentos profesionales

Claro, es ambiguo, porque el reglamento para nosotros está claro, es ley, es una norma escrita, ley en sentido amplio, pero parece que da cabida a eso. Y voy a poner un ejemplo. Qué ocurre si en un ámbito o sector de actividad, mercado farmacéutico, los laboratorios farmacéuticos se ponen de acuerdo en que es un código de buenas prácticas regalar un jamón de Jabugo cada tres meses al médico que adquiera o prescriba determinados fármacos no genéricos. Ahí no se afecta a la competencia del mercado, y no es un trust, no sería un trust prohibido, aunque estén todos de acuerdo. Y si esas normas que regulan ese sector de actividad lo permiten no se ve por qué tienen que incurrir en una conducta de corrupción entre particulares, entre otras cosas porque no se afecta al bien jurídico protegido.

Luego yo creo que con esto hay que tener un poco de cuidado, y sí te doy toda la razón y te agradezco además la precisión que introduciré en cuanto salga de aquí en el texto, que en vez de decir que es una norma penal en blanco, es mucho más conveniente decir que es una norma parcialmente de remisión o que parcialmente se remite a otras normas extra penales. Pero, yo creo que el Art. 1 de la Decisión y este ejemplo pueden servir para aclarar la cuestión.