

## **IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2010-2011**

### **EL CIUDADANO DE A PIE ANTE EL NUEVO CÓDIGO PENAL**

**Rafael Perera Mezquida**

*La ley orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal determinó que existieran pocas dudas en cuanto al contenido de la lección inaugural del curso académico, pues la pronta entrada en vigor de la misma hacía preciso el atento examen de las modificaciones introducidas y de su posible incidencia en la sociedad. Rafael Perera expuso con innegable conocimiento del tema y con una admirable sencillez –que hizo su discurso totalmente comprensible incluso para los que no tenían formación jurídica–, las líneas generales de la reforma, comenzando por plantearse si el Derecho penal sigue siendo un “Derecho de mínimos”, tras lo cual pasó revista a las principales novedades de la reforma, como son la novedosa responsabilidad penal de las personas jurídicas, la mayor entidad de las penas en los delitos contra la seguridad vial –que pueden incluso dar lugar al decomiso del vehículo–, y, en especial, la erradicación de la corrupción, tanto en la Administración Pública, como entre particulares y en el deporte. Las anécdotas y ejemplos que ilustraron la conferencia hicieron que la misma fuera seguida con muchísimo interés por el numeroso público asistente.*

La ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION DE LAS ILLES BALEARS –según resulta de sus Estatutos– tiene por fines no sólo (entre otros) “el estudio y la investigación del Derecho” y “la discusión y el debate doctrinal de temas jurídicos”, sino –además– “el fomento de la cultura jurídica”.

Lo que significa y representa que, necesariamente, la ACADEMIA –lejos de encerrarse en sí misma– tiene el deber de proyectarse al exterior, de abrir sus puertas a la sociedad, y de conectar con las inquietudes y con los requerimientos de esa sociedad en la que debe tener una presencia activa.

Es precisamente por ello que, ante el hecho trascendente de una **reforma penal** tan profunda y de tan hondo calado como la que entrará en vigor el día 23 de este mismo mes, hemos estimado conveniente inaugurar el nuevo curso académico con una ponencia o intervención sobre tal **reforma**.

Ponencia o intervención enfocada, no desde un punto de vista doctrinal, dogmático o científico (para el que, desde luego, hay amplio campo), sino desde una perspectiva –más modesta quizás, pero más práctica–, desde la perspectiva del hombre de la calle.

Del hombre de la calle –del ciudadano de a pie–, al que no interesará, seguramente, conocer, por ejemplo, los requisitos que señala la **reforma** para la aplicación de la atenuante de “*dilaciones indebidas*”, ni cómo se ha resuelto la cuestión en la que han estado enzarzados cinco años los magistrados del Tribunal Supremo y los del Tribunal Constitucional sobre la interrupción de la prescripción, ni cómo se regula el delito de piratería o el de transplante ilícito de órganos.

Pero que sí tiene interés en saber y conocer (y, si no tiene tal interés, hay que despertárselo) que aquel fantasma tenebroso que, para él, ha sido siempre el Código Penal (porque siempre ha creído que no se le cruzará en el trayecto de su vida, y, concretamente, que nunca se verá en trance de perder su libertad personal), no resulta, en realidad, hoy, tan abstracto o irreal, ni está tan alejado de él, como venía creyendo. Ello, dada la creciente criminalización de conductas que, hasta no hace mucho tiempo, no merecían un reproche penal. El ciudadano de a pie –de cultura media– que tenía entendido que la Justicia Penal sólo entra en juego ante atentados graves contra la convivencia social y que había leído en la Constitución que las penas privativas de libertad tienden hacia la “reeducación” y “reinserción social”; y que, por ello, no las creían aplicables a quienes no necesitan tal rehabilitación ni inserción. El ciudadano medio que, en otro aspecto, no comprende el “por qué” de tantas y tan repetidas reformas penales.

- -

A ese “ciudadano medio”, pues, van dirigidas estas palabras: Para salir

al paso de sus razonables inquietudes. Y, concretamente, para decirle –de entrada, y sin más prolegómenos– que tiene mucha razón en sus planteamientos y que, desde luego, tiene derecho a preguntar y conocer el por qué y el para qué de la **reforma penal** de la que tanto se habla.

Y... permítanme, en este punto, un breve inciso:

Estoy hablando de “**reforma penal**”. Y lo hago por cuanto la Ley 5/2010, de 22 de junio, en la que se contiene el texto de la reforma, es denominada en el B.O.E. “*Ley de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*”.

Sin embargo, hace pocos días, cayó en mis manos una invitación oficial del Ministro de Justicia, Francisco Caamaño, para unas “Jornadas de Estudio” que se han celebrado este mismo mes –concretamente los días 17 y 18– en la sede del Ministerio de Justicia, en el palacio de la calle San Bernardo nº 62: “Jornadas” que han tenido por título “*El nuevo Código Penal*”: Jornadas con ponentes del máximo nivel, cuyos discursos inaugural y de clausura estuvieron a cargo del propio Ministro de Justicia.

Yo no quiero pensar que tal título responda a un afán de protagonismo de Don Francisco Caamaño que –recordando cómo el Código Penal vigente de 1995 fue conocido y es conocido como “el Código Belloch”– aspire a que el resultante de la actual reforma pase a la posteridad como “el Código Caamaño”. No puedo ni quiero creerlo.

Simplemente lo digo, para responder a una cariñosa recriminación de unos queridos compañeros –que están en este salón– que consideraron erróneo el título dado a esta charla “**El ciudadano de a pie ante el nuevo Código Penal**”, y no, simplemente, “ante la reforma del C.P.”. Y decirles que si el Ministro así lo ha hecho, creo que nosotros somos libres, aquí en Mallorca, para hacerlo igual, aunque reconozcamos que, ciertamente, nos hallamos ante una enfatización francamente inexacta y desafortunada.

- -

Retomando el hilo de la extrañeza que al **hombre de la calle** pueda producirle esta nueva reforma penal, hemos de decirle enseguida, lisa y llanamente, que, ciertamente, **si hay un Derecho que deba gozar de estabilidad y permanencia es el Derecho Penal**. Baste recordar –recurriendo a fuentes oficiales– las primeras palabras de la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995 (el llamado “Código Penal de la Democracia”), que empiezan diciendo:

“Esta sola observación evidencia, pues, que, ciertamente, la **estabilidad** es, o debe ser, algo inherente al Código Penal.

Frente a esto, nos encontramos con la realidad de que el aludido “Código Penal de la democracia” ha sufrido, en sus quince años de existencia, 26 reformas: Unas, de carácter puntual (más o menos), y otras, de gran calado, como por ejemplo las de 1983 y 1987.

Lo cual, ciertamente, no es bueno para un país: Para un país que pretendió asentar un Código Penal en unos valores constitucionales (consensuados –en 1978– por todos los españoles) como permanentes y estables.

Máxime cuando, además, se viene observando –en la realidad de esa evolución legislativa– cómo aquellos pilares fundamentales del Derecho Penal como “ultima ratio”, como “derecho de mínimos” y como “derecho siempre subsidiario” se van debilitando; y cómo (paralelamente) se van tipificando penalmente conductas que, en realidad, no pasan de ser infracciones administrativas (lo que representa –dicho sea de paso– el fracaso de Derecho Administrativo); y cómo se van aumentando las penas... y penas de prisión no sustituibles por multa.

Yo, que soy viejo, recuerdo –hace más de 60 años– que el Prof. Pérez Vitoria, en la Facultad de Barcelona, nos decía, enfáticamente, engolando la voz, que el Código Penal es “*la carta magna del delincuente, porque el delincuente sabe que, por graves que sean los hechos que realice, por muy reprochable que sea su conducta desde el punto de vista social....., sabe que no podrá ser condenado si aquel hecho no está tipificado en el Código Penal y lo realizado no encaja herméticamente en la descripción típica del Código*”. Hoy, el querido profesor y amigo –recientemente fallecido– estoy seguro que bajaría el tono de su intervención, porque –si se me permite– (y perdonen Vds. lo que haya de exageración) todos podemos llegar a ser delincuentes casi sin darnos cuenta, por cuanto –como decíamos– la lista de delitos de esa “carta magna” ha crecido desmesuradamente...

- -

Son frecuentes, hoy, –valga otro inciso– en los despachos de abogados penalistas las consultas del que pregunta, tras exponer su caso, “*¿habré cometido un delito?, ¿puedo ir a la cárcel por esto?*” (Recuerdo el caso, hace unas semanas, de un fabricante que, desde tiempo inmemorial, vertía los sobrantes de su fábrica en un torrente seco cercano; y acudió a mi despacho asustado, porque había recibido la visita de un celador de “Medio Ambiente”, quien le había echado en cara que estaba contaminando el subsuelo y que ello podía llevarle a la cárcel.)

Es por eso que el hombre de la calle –como decíamos– se pregunta: Pero... ¿era necesaria esa reforma penal? ¿Qué razones la justifican?

Pues bien: Si para contestar a esas preguntas acudimos a la Exposición de Motivos que encabeza la Ley, nos encontramos con que aducen dos motivos o razones:

- Una, que estimamos escasamente convincente, se perfila aludiendo (muy retóricamente) *“al proceso constante de revisión al que debe estar sometido el ordenamiento jurídico de una democracia avanzada como es la española”*. Una frase que suena muy bien. Pero que no creo que justifique una reforma penal francamente expansiva, como la que entrará en vigor dentro de 23 días, en un país que tiene una de las tasas de criminalidad más bajas de la Unión Europea y, sin embargo, tiene una tasa de población penal mas elevada que la media europea (166 reclusos por cada 100.000 habitantes, cuando la media europea es de 63. En total, tenemos unas 80.000 personas en la cárcel, habiéndose incrementado en los últimos 10 años (desde 1990) en un 133%). Una reforma que, además de que seguramente agudizará el problema del hacinamiento penitenciario, olvida que el aumento de penas (aunque puede dar sensación de mayor seguridad a los ciudadanos) está demostrado que (en la lucha contra la delincuencia) tiene escaso poder disuasorio para los eventuales delincuentes. Y olvida también, sobre todo, que la regeneración de una sociedad y la lucha contra la corrupción (en todos los órdenes) no puede confiarse al Código Penal; y que, como dijo hace pocos días el Profesor Gabriel Garcías, en foro similar a éste, *“mientras no exista una transformación ética y moral en la sociedad, el Derecho penal no solucionará nada”*.

Todo ello sin olvidar, además, que el camino de aumentar el número de ingresos en prisión puede llevar, de hecho, a una criminalización de la pobreza ya que está demostrado que un elevado porcentaje de presos son de baja extracción social, de escasa cultura, muchos de ellos con problemas psicológicos y, desde luego ....., **pobres**.

- El segundo motivo por el que se justifica la reforma es el cumplimiento por España de los compromisos internacionales que tiene contraídos, concretamente por su pertenencia a la UE. Y, así, efectivamente se comprueba que la armonización jurídica europea y los Convenios, las Decisiones Marco y las Directivas Europeas se han plasmado –como no podía ser menos– en las páginas de nuestro Código.

- -

Pues bien, a continuación, teniendo en cuenta lo hasta aquí dicho, vamos a intentar aproximarnos a algunas de las “novedades” que el Código nuevo nos depara. Y, para ello seleccionaremos –a modo de “espiguelo”, casi

aleatorio– 5 materias que pueden tener interés para el ciudadano de a pie (según el que nos hemos autoimpuesto al inicio de esta intervención).

Pero, antes, van a permitirme que, casi en voz baja, haga una reflexión –que encierra una preocupación– referida al futuro de este llamado “nuevo Código Penal”:

Esta reforma no fue aprobada en las Cortes por consenso unánime (como debería serlo un Código Penal). El principal partido de la oposición se abstuvo (por no haberle sido admitida una numerosa serie de enmiendas que mantuvo hasta el último momento). ¿Qué pasará –cabe preguntarse– si en un futuro (¡es un simple decir!, ¡una simple hipótesis!) hubiese un cambio de signo político en el Gobierno de la Nación?, ¿Volvería a plantearse una nueva reforma penal para sacar adelante las enmiendas no admitidas?. Esperemos y confiemos en que habrá altura de miras, se impondrá el sentido común, el sentido de Estado y el sentido de responsabilidad y se comprenderá por todos que, en modo alguno, el Código Penal –precisamente en una sociedad democrática– puede estar a merced de alternancias políticas.

--

Y, en seguida, unas palabras –como he anunciado– sobre algunas de las novedades más interesantes; empezando por la que ha sido considerada por todos como la reforma estrella: La de la **responsabilidad de las personas jurídicas**.

Tradicionalmente se había considerado que la autoría de un delito sólo podía ser atribuida a una persona física. A partir del día 23, las personas jurídicas (sociedades, fundaciones, asociaciones, etc) también podrán ser condenadas penalmente. Ello sin perjuicio de que (¡claro está!) también lo sean sus administradores de hecho o de Derecho. Y ello –la condena de la persona jurídica– aun cuando la persona física concreta que pudiera ser responsable de la acción no haya sido individualizada, no haya podido ser imputada o haya fallecido o haya rehuido la acción de la Justicia.

Se trata, como Vdes ven o intuyen, de una reforma compleja, con importantes problemas técnicos y prácticos.

Una reforma, debo decirlo enseguida, que ha sido estudiada en profundidad por D. Antonio Terrasa, Presidente de nuestro TSJB, aquí presente, en artículos y conferencias, que podrán ilustrar a quien interesare, con mayor solvencia que la que puedan tener mis palabras.

Lo que sí quiero decir por mi parte, modestamente, es que bastantes autores ponen en duda la necesidad y oportunidad de la reforma. Y como

botón de muestra de ello, en las Jornadas del Ministro a que antes he hecho referencia, uno de los ponentes, Magistrado de la Sala Segunda del TS, Don Julio Sánchez Melgar, tuvo una disertación cuyo título era el siguiente: “*¿Era necesaria la reforma en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas?*”.

Y ello se plantea por cuanto ya en el Código actual se establecen unas “consecuencias accesorias” para las personas jurídicas (art. 129) por la actuación de sus representados o administradores, medidas que, en realidad, eran o son verdaderas penas y que hacían innecesaria la nueva regulación.

Lo dicho está a salvo de que se haya pretendido –como apunta un autor– que tal nueva regulación –dice– sea una especie de “cajón de sastre” en el que puede ampararse toda aquella condena que no pueda llegar a probarse de otra manera.

Lo que sí me atrevo, por mi parte, a la vista de la nueva regulación y de sus problemas técnicos, es a dar un consejo al empresario medio y, desde luego, al gran empresario: El de que, vistos por donde van los tiros, debe cuidar mucho en su Empresa, y concretamente en los márgenes de actuación y de confianza de sus Gerentes, Directores o Administradores, de dejar bien claro –por escrito y firmado– lo que no se admite en la Empresa, estableciendo al efecto unos protocolos de Conductas no toleradas por la entidad y unas Auditorias internas que puedan prevenir y detectar actuaciones delictivas de parte de sus directivos o empleados.

Nótese que, en el fondo de esa nueva regulación, palpita la exigencia de que las Empresas han de extremar la vigilancia (el “in vigilando”) y que la carencia de esas medidas de prevención y detección, llegado el caso, serán determinantes de la responsabilidad de la sociedad y de la consiguiente pena.

- -

Y, enseguida, dando un salto, nos situamos en los **artículos 379 y ss del nuevo Código Penal referentes a los delitos contra la Seguridad Vial.**

Y nos introducimos en el tema con un ejemplo:

Celedonio se había comprado un coche deportivo Ferrari y, aprovechando las fiestas de Navidad, se decide a circular con él a velocidad superior a 160 Km/hora, por una carretera mallorquina que tiene limitada la velocidad a 80 Km/hora. O, si lo prefieren, a velocidad superior a los 100 Km/hora por una vía urbana que tiene limitación de velocidad a 40 Km/hora. No se produce, desde luego, accidente ni incidencia alguna. Salvo que la Guardia Civil le para y constata la infracción cometida. Según el nuevo artículo 379,

Celedonio debe ser condenado por su conducta a una pena de 3 a 6 meses de prisión o una multa de 6 a 12 meses o a TBC de 31 a 90 días y, también, claro está, a la privación del permiso de conducir por tiempo de 1 a 4 años. Pero, además –y en ello pongo el acento– podrá ser castigado con el decomiso del vehículo, el Ferrari, puesto que se considera el vehículo como “instrumento del delito” y queda sometido al régimen de “pérdida de los efectos con los que se haya preparado o ejecutado el delito doloso”.

Lo que equivale a decir que Celedonio –por no haber pisado más suavemente el acelerador– podrá verse afectado con la pérdida de la propiedad de su vehículo Ferrari.

Y debe advertirse enseguida a los amantes de la velocidad que pretendan cubrirse anticipadamente y, a título preventivo, decidan poner el vehículo a nombre de su madre o de su suegra para eludir tal decomiso, si llegare el caso, que el truco o invento no les funcionará, por cuanto el Código en otro artículo (el 127.3) dispone que “*Si por cualquier circunstancia no fuere posible el comiso de los bienes señalados, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho*”.

Y debemos recordar, además, y en ello hay que poner el acento, que tal decomiso está previsto no sólo para los delitos dolosos (como el del ejemplo) sino también para los delitos imprudentes que tengan señalada pena superior a 1 año; Novedad ésta, por cierto, que la doctrina ha calificado como sorprendente por dos razones: Una, por la propia redacción del precepto, que expresa que “*podrá acordarse el decomiso de los bienes o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito*”.

¡Y ya me dirán Vdes como puede prepararse un delito imprudente!!

Y, la otra, por la desproporción que tal medida de “decomiso” puede representar. (Piénsese en el caso de un vehículo de alta gama con el que un conductor despistado atropella a una anciana)

Confíemos en la prudencia del arbitrio judicial al que –menos mal– la Ley da merecido margen.

Otra materia afrontada por la reforma que, sin duda, interesa al ciudadano de a pie es la relativa a la **corrupción en la Administración Pública**.

Raro es, efectivamente, el día en el que los diarios de papel o los telediarios no dediquen espacios a hablar de temas de corrupción. Unos, porque ya están en sede judicial y otros, porque están en trance de denuncia o investigación por los propios medios de comunicación (que cumplen cierta-

mente una función esencial en una sociedad democrática).

Pues bien: el ingrediente o componente más frecuente de la corrupción es el delito de cohecho.

Decir “**cohecho**” –el ciudadano medio la sabe– equivale a decir “soborno” (y con ello todos nos entendemos).

Digamos enseguida que las novedades introducidas por la reforma en el delito de cohecho merecen ser calificadas como acertadas y satisfactorias por cuanto –mejorando la sistemática– la nueva regulación se adapta a la realidad. A la realidad de los cuatro supuestos o formas de cohecho que pueden darse que, por poco que reflexionemos, veremos que son los siguientes:

Soborno (dádiva, favor o retribución) de particular a la Autoridad o Funcionario Público para: 1.- Para que la Autoridad o el Funcionario hagan un acto contrario a los deberes de su cargo; 2.- Para que hagan un acto propio de su cargo; 3.- Para recompensar un acto ya hecho por la Autoridad o el Funcionario (lo que se denomina cohecho subsiguiente); y 4.- Dádiva o presente que se entrega a Autoridad o Funcionario público sin relación o vinculación alguna con un acto de éstos, sino simplemente en consideración a su cargo o función.

Este último supuesto es el que, hasta ahora, había ofrecido más discusión, llamado ahora **cohecho de facilitación**.

Porque, en rigor y en abstracto, se trata de hacer un regalo a cambio de nada.

No hace mucho una persona de cierta relevancia social y cultural me argumentaba: ¿o es que yo de lo mío no puedo hacer lo que quiera? ¿Por qué no he de poder yo regalar lo que quiera a quien quiera?

Pero, claro está, el legislador ha previsto, sensatamente, que con el “regalo, dádiva o retribución” a una Autoridad o funcionario público lo que realmente se pretende es tener a esa Autoridad o funcionario público en buena disposición o en predisposición favorable. O, más burdamente, lo que se pretende es *engrasar*, o *tener engrasada*, la actividad administrativa de la Autoridad o funcionario público.

Por eso se llama cohecho de facilitación.

Y, naturalmente, este cohecho está penado en la nueva regulación, como ya lo estaba en la que hoy, 1º de diciembre, está todavía vigente.

Y, así, se ha encargado de recordarlo el TS en su importante sentencia de 17 de mayo último, relativa al caso del Presidente de la Generalitat Valenciana Sr Camps y sus trajes.

Recordamos, al efecto, que en dicha causa el TS J de Valencia (concretamente su Sala de lo Civil y Penal) acordó el sobreseimiento libre de la causa, estimando que los hechos no eran constitutivos de delito, por entender que el artículo 426, todavía hoy vigente, exige para la existencia del delito que haya un nexo causal entre el regalo o dádiva que recibe la Autoridad o funcionario público y la realización por éste de algún acto propio de su función pública.

Pero el TS (estimando el recurso del Fiscal y de la Acusación Particular) ha rechazado tal interpretación y ha declarado que para la existencia de tal delito no es necesario en modo alguno que haya contraprestación alguna por parte de la Autoridad o funcionario público, sino que basta que la Autoridad o funcionario público acepte la dádiva o regalo de parte de un particular en consideración a su cargo.

Apoyándose para ello en razonamientos muy claros:

Por una lado, en que los delitos o regalos al Sr Camps y otras personas sólo pueden explicarse lógicamente si se considera que fueron entregados “en consideración a su función o cargo” porque es obvio que si dicha persona no hubiese desempeñado el cargo que ostenta, el particular no se hubiera dirigido a él ofertándole o entregándole la dádiva (los trajes).

Y, por otro lado, en que el “bien jurídico protegido” por el tipo (es decir, lo que el legislador trata de proteger o preservar) es, en rigor, la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la ley en quien ejerce la función pública. Apariencia que queda lesionada –dice– “cuando el modo como se ejerce el cargo merece reproche en un Estado de Derecho”.

Y, así, el TS, por ello, acordó la devolución de la causa al Instructor para proseguir su tramitación.

Por último, para terminar esta fugaz aproximación a la regulación del cohecho en el nuevo Código, querría añadir algo que creo interesa mucho al “administrado”, es decir, al ciudadano de a pie: El particular (o sea, el sujeto activo de la acción), es decir quien ofrece, promete o entrega la dádiva, el favor o el regalo, ¡en los cuatro supuestos o modalidades referidas!, tiene señaladas las mismas penas de prisión y multa –exactamente las mismas– (que, en la reforma, por cierto, se han visto incrementadas) que la Autoridad o funcionario público que acepta, recibe o solicita esa dádiva, favor o regalo.

Con lo que queda claro que ha desaparecido el trato de favor –la atenuación de responsabilidad– que el actual Código (en su artículo 423.2) establece para el particular que no había tomado la iniciativa del soborno, sino que –como dice el texto legal– se había limitado a “atender las solicitudes de las Autoridades o funcionarios públicos”.

A partir del próximo día 23, recibirán el mismo trato penal tanto la Autoridad o funcionario público como el particular, con independencia de que la iniciativa haya partido de uno o de otro. Modificación que, por cierto, no parece muy razonable.

Se acercan las Navidades, Sres y Sras, y con ello las cestas de Navidad y los regalos de Navidad.

Pues bien, yo creo que, tanto para los que las hayan de regalar, como para los que las hayan de recibir, se impone que tengan en cuenta y recuerden lo expuesto.

Sin poder olvidar, desde luego, que la doctrina y el propio Tribunal Supremo (concretamente en la citada sentencia de 17 de mayo) dejan a salvo de toda sanción aquellos regalos que sean –dice– “adecuados a los usos sociales y proporcionados a las circunstancias”. Criterios de adecuación y proporcionalidad que constituyen “conceptos indeterminados”, para mí, y para muchos, difíciles de concretar.

Finalmente, añadir, por último, que la Ley al referirse exactamente a “dádiva”, “favor”, o “retribución” de cualquier clase abarca también los favores sexuales, que, por lo tanto, podrían servir de base de un delito de cohecho, si concurren los demás elementos del tipo.

- -

Otra materia –relacionada con la anterior– que tiene interés especial para el ciudadano medio, porque constituye una novedad del nuevo Código Penal, es la llamada “**corrupción entre particulares**”, a la que se refiere el nuevo artículo 286 bis.

Se trata –para adentrarnos en el tema enseguida– de las “comisiones o regalos” que los directivos, administradores o empleados de una empresa reciben, bajo mano, con ocasión de las operaciones comerciales que, en nombre de la misma, gestionan o realizan.

“Comisiones” camufladas de mil maneras y que, por ello, normalmente no son conocidas.

España, ahora, de acuerdo con una Directiva de la unión Europea de Diciembre de 2003, y una Decisión Marco titulada “Lucha contra la corrupción en el Sector Privado”, ha decidido sancionar tal práctica, con una pena de 6 meses a 4 años de prisión y multa del tanto al triple.

Y lo ha hecho siguiendo una pauta similar (más o menos) a la del delito de cohecho en el sector público. Por eso se llama vulgarmente cohecho entre particulares.

Ahora bien, en la Exposición de Motivos de la reforma se dice que este nuevo delito tiene por fin “salvaguardar en buen funcionamiento del mercado” y “en definitiva favorecer la libre competencia”.

Yo pienso que –más modestamente– la reforma pretende concretamente y directamente sancionar la deslealtad de los gerentes, administradores, directivos y empleados de una empresa respecto de la propia Empresa, respecto a la Empresa a la que sirven, y cuyos intereses tienen obligación de defender.

Ahora bien, hay que decir enseguida que el artículo en el que se sanciona tal conducta (art 228 bis) no es de fácil lectura para el ciudadano medio. Y, por ello, pienso, que unos ejemplos facilitarán la comprensión:

1º ejemplo.- Don Epifanio desea adquirir unos solares en una Urbanización cercana. Y, a tal fin, contacta con el gerente de la misma. Y..., en el tira y afloja de la negociación, Don Epifanio dice y propone al gerente que le obsequiará con un crucero al Caribe para él y su familia si se cierra el trato de compra por un precio X (precio que, por cierto, no difiere sensiblemente de los precios que rigen en la zona). Y el gerente acepta.

2º ejemplo.- El Administrador de una cadena de Supermercados solicita a un proveedor de carnes ¡para renovar el contrato! y no adjudicárselo a otra empresa cárnica de la competencia (que aspira a convertirse en proveedor de la carne a esa cadena de supermercados) una comisión del 10% de la facturación que se producirá durante el periodo del contrato ¡para su bolsillo particular!. Y así se cierra el trato.

En ambos casos, con el Código en la mano, sus protagonistas, Don Epifanio, el gerente inmobiliario y el administrador de la cadena de supermercados y el carnicero, han cometido el delito del nuevo artículo 286 bis.

Y, por cierto, lo han cometido –valga el inciso– por el mero hecho de concertar el acuerdo, independientemente de que, luego, el viaje al caribe o la comisión del 10% no llegaren a materializarse.

Y es que en el primer caso, el gerente de la urbanización que aceptó el viaje al Caribe incumplió su obligación de defender los intereses de la Empresa para la que trabaja, ya que su obligación es conseguir el mejor precio posible, y él es consciente de que Don Epifanio hubiere pagado por el solar un precio superior –superior, por lo menos, en el precio del crucero–. Y, sin embargo aceptó el viaje (anteponiendo así su interés personal al interés de la Empresa).

Y, en el segundo caso, el administrador de la Cadena de Supermercados, lógicamente tenía la obligación concertar el mejor contrato para comprar los

productos al mejor precio posible. Y, sin embargo, eludiendo a otra empresa competidora, optó por embolsillarse ese 10% que habría de haber exigido que fuera en beneficio de la Empresa.

Pues bien, dicho esto, con el telón de fondo de estos vulgares ejemplos, creo que podemos hacer una lectura “desmenuzada” –yo diría pedagógica– del referido artículo 286 bis. Ello nos permitirá saber lo que es delito y, por contra, lo que no es delito. De su lectura, resulta que: Comete el delito quien, al negociar con una Empresa la compra o la venta de mercancías o la contratación de servicios, paga, ofrece o promete a un directivo, a un administrador o a un empleado de tal Empresa un beneficio o ventaja “no justificado” con el objeto de que tal directivo, administrador o empleado “incumpliendo con sus obligaciones” le favorezca a él o un tercero frente a otros. Comete también delito el directivo, administrador o empleado que al negociar con quien sea la compra o la venta de mercancías o la contratación de servicios recibe, solicita o acepta un beneficio o ventaja “no justificado”, incumpliendo con sus obligaciones, con objeto de favorecer a quien le ha entregado el beneficio o la ventaja, o a un tercero, frente a otros.

Han observado Vdes la expresión “beneficio o ventaja no justificado” y la expresión “incumpliendo sus obligaciones”, que son las que textualmente emplea el Código. Son expresiones que a primera vista parecen oscurecer o complicar el sentido de lo que quiere decirse, pero que, en realidad, lo que hacen es matizar decisivamente lo que es delito, es decir, lo que constituye corrupción entre particulares.

Ni que decirse tiene, por lo demás, que éstas expresiones darán mucho juego en la interpretación y aplicación de este artículo y darán mucha cancha entre fiscales y abogados defensores al llegar el caso concreto, por la discusión de si las comisiones están o no están “justificadas” o si el gerente o administrador incumple o no “sus obligaciones”. y, por tanto, merecen, o no, una condena penal.

- -

Acabo, por fin, mi intervención con unas pinceladas sobre la **corrupción en el deporte** (materia que, novedosamente, también ha sido objeto de tratamiento en el nuevo Código).

En efecto, el Código prevé el castigo de los directivos, administradores, empleados y colaboradores de una entidad deportiva y, además, de los deportistas, árbitros y jueces que lleven a cabo cualquiera de las conductas a que nos acabamos de referir al hablar de la corrupción entre particulares, pero que tengan por finalidad predeterminar o alterar –de manera deliberada

o fraudulenta– el resultado de una prueba, encuentro o competición profesional.

Digamos, ante todo, enseguida –para desbrozar el camino– que la regulación que comentamos no se refiere en absoluto al **dopaje**, es decir, al caso del deportista que, por iniciativa propia, se dopa tomando sustancias prohibidas con el fin de obtener una ventaja deportiva o una ventaja económica si el resultado se asocia a un determinado premio.

Para que se dé el delito que ahora tratamos se requiere una dualidad de personas: Una que promete, ofrece o entrega, y otra que solicita, acepta o recibe.

Se ha de tratar, además, de una competición o encuentro profesional (con lo que quedan excluidas las competiciones amateur).

Por lo demás, este delito presenta las siguientes características (esquemáticamente expuestas):

1.- Se consuma por el mero hecho de efectuar la proposición corruptora (aunque ésta no sea aceptada; y aunque, luego, no se lleve a cabo la conducta que el proponente deseaba o proponía).

2.- No está penada la llamada corrupción de recompensa (por actos ya realizados)

3.- No están penados los regalos que se hagan en consideración “a su cargo o función”.

4.- La problemática está, pues, en concretar cuándo efectivamente “se predetermina el resultado de una prueba, encuentro o competición”, que es lo que el Código exige.

Al efecto, pueden surgir dudas y preguntas.

Yo me he permitido hacer a Vdes tres preguntas –que no voy a contestar– porque con lo dicho –pienso– tienen Vdes elementos suficientes para acertar en su contestación. Son las siguientes:

1ª pregunta.- *¿Será delito la conducta de quien paga al jugador “estrella” del equipo contrario para que simule una lesión antes del encuentro y no dispute el partido o para que insulte al arbitro (forzando así su expulsión, dejando en inferioridad numérica a su equipo)?.*

2ª pregunta.- *¿Existirá delito si el árbitro que ha aceptado el soborno no llega a perjudicar a ninguno de los equipos o deportistas que disputan el partido, por cuanto el equipo que se desea que gane va ganando lícitamente, de modo que no es necesario que el árbitro intervenga fraudulentamente “enderezando” el resultado?.*

3ª pregunta.- *Imaginemos un club deportivo que se dedica a hacer valiosos regalos a un grupo de árbitros internacionales que habitualmente suelen ser designados para el arbitraje de partidos importantes. Son, diríamos, la élite del arbitraje, aunque ninguno de ellos está designado para el arbitraje de partidos en los que participa el referido Club. La pregunta es: ¿Será punible tal conducta para el Club que ofrece aquellos regalos y para los árbitros que los aceptan, habida cuenta de que, evidentemente, se trata de regalos hechos en consideración a su función?*

Entiendo –repito– que, con lo antes dicho, cualquiera de Vdes, incluido el más profano, tiene elementos para contestar acertadamente.

Y, en otro caso, si dudan en alguna respuesta, participarán de la incertidumbre que conlleva la aplicación del Derecho a los que estamos metidos en esa tarea.

Y, con ello, y deseándoles el mejor acierto, y una felices navidades, les agradezco la atención que me han prestado.

Muchas gracias.