

PRINCIPIO DE DOBLE INCRIMINACIÓN Y LISTA DE EURODELITOS: LA  
CORRUPCIÓN COMO EJEMPLO

Adán Nieto Martín

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

## Corrupción

Adán NIETO MARTÍN

Discutir el significado del concepto de corrupción en el listado de delitos del art. 2 de la Euroorden sólo es posible una vez que se determina cuál es el significado jurídico de la mencionada lista.

### I. LA EUROLISTA DE EURODELITOS Y EL PRINCIPIO DE DOBLE INCRIMINACIÓN

*1. El principio de reconocimiento mutuo, y en concreto la euroorden, no han supuesto la supresión de la doble incriminación, sino un entendimiento distinto de la misma o la creación de una institución funcionalmente similar.*

El reconocimiento mutuo es un concepto conocido desde hace décadas en el marco de la cooperación penal internacional. Con la expresión “reconocimiento mutuo” se alude únicamente a un resultado: el reconocimiento por un Estado soberano de una decisión judicial, anterior o posterior a la sentencia penal. Los Convenios del Consejo de Europa y de los efectuados en el seno de la UE muestran que el núcleo del problema no es definir el punto de llegada o el resultado, sino el camino, esto es las condiciones o el proceso que habría que seguir.

El “camino” hacia el reconocimiento mutuo estaba poblado de una serie de obstáculos o condicionantes. Algunos de estos tenían un fin eminentemente político o, si prefieren, soberanista. Este último era el caso de la intervención del poder ejecutivo en los procesos de cooperación. Ahora bien, en la conformación del “proceso de reconocimiento” no todas las reglas tenían como finalidad la protección del “soberano” en su diálogo con un poder “soberano” distinto. Buena parte de las reglas de este procedimiento tienen como finalidad la protección del “ciudadano” frente a las pretensiones de un “soberano” distinto al del territorio en el que se encuentra.

El encuadramiento del principio de doble incriminación en uno u otro ámbito, el soberanista o el garantista, no es cuestión pacífica en la doctrina. Creo que pueden adivinarse en este punto hasta tres posiciones distintas.

Para unos la doble incriminación es un principio que se deriva de las garantías del Estado de derecho y que concretamente enlazaría con el principio de legalidad. La justificación es sencilla: mediante el principio de legalidad penal se determina bajo qué condiciones la libertad individual puede verse afectada como consecuencia de la comisión de un hecho constitutivo de delito. Violaría el principio de legalidad penal si el Estado emisor adoptara una medida restrictiva de la libertad que tienen como origen

la realización de un comportamiento que los representantes de los ciudadanos han decidido no desvalorar.

Frente a esta posición un importante sector doctrinal mantiene que la doble incriminación no es un postulado necesario desde un punto de vista del principio de legalidad: los actos de cooperación no son en sí actos de la justicia penal del país de ejecución, sino actos de colaboración con la justicia penal de otro país. En cuanto el país demandante de la extradición actúe de acuerdo con su propio sistema penal, no se ve afectado ningún principio del Estado de Derecho. El significado de la doble incriminación sería por tanto "político" y en cualquier caso podría prescindirse de él, o sustituirse en todo caso por una cláusula genérica, que haga referencia en caso de no extradición cuando esta afecte al orden público o a los derechos fundamentales. Si se mantiene esta posición ciertamente los problemas derivados de la doble lista y de conceptos como el de corrupción son a mi juicio, pocos, por no decir ningunos, pues incluso lo lógico sería suprimirla, en cuanto que responde a una "anticualla" de los procesos de extradición.

Una última argumentación es de índole criminal: suprimir la doble incriminación significaría, de un lado, una extensión desmedida del "ámbito de lo punible", que daría carta blanca a los ordenamientos más punitivos. Estos tendrían siempre "el mejor derecho", frente a los sistemas más liberales. De otro lado, la doble incriminación es necesaria para mantener la coherencia punitiva de un sistema: no puede explicarse racionalmente a los ciudadanos que frente a quienes se adopta una medida tan grave, tan limitativa de derechos, como la extradición (que implica no sólo la privación de libertad, sino el traslado a otro país).

A mi juicio, las razones de política criminal y garantista son atendibles, incluso en un espacio como el de la UE. La propia ODE muestra que no se ha querido suprimir totalmente la actividad judicial del Estado de ejecución destinada a tutelar derechos de los ciudadanos de carácter fundamental. La autoridad judicial del país de ejecución, en contra del entendimiento más difundido de la autoridad, no debe actuar de forma autónoma, restringiéndose a comprobar requisitos de carácter formal. Esto último se adivina con una somera lectura de su articulado. Debe comprobar pro ejemplo que no existe *bis in ídem*, que el sujeto tiene la edad suficiente como para ser hechos responsables penalmente, que no ha sido amnistiado, que la solicitud no se realiza con la intención de perseguirle por sus opiniones políticas, raza, religión, etc., que en el país emisor no existe pena de muerte, ni condena a perpetuidad, etc. La propia exposición de motivos de la Decisión marco indica ya en este sentido que "las decisiones relativas a la ejecución de la orden de detención europea deben estar sujetas a controles suficientes" y, muy especialmente, el art. 1.3 señala que la decisión no tendrá por efecto el de modificar la obligación de respeto de los derechos fundamentales.

Las dos ideas que acaban de expresarse deben ponerse en conexión, si la doble incriminación, aparte de su raigambre en una política criminal liberal, es una garantía del ciudadano conectada con el principio de legalidad penal y con la seguridad jurídica y la orden de detención europea es un instrumento que no debe afectar al stand still de las garantías, la conclusión es que el legislador europeo no ha querido suprimir una garantía sino sustituirla por un mecanismo sustancialmente similar.

*2. La lista de eurodelitos es el sustituto funcional del principio de doble incriminación. De las posibles interpretaciones que tiene la eurolista sólo una garantiza un grado de protección equivalente similar y, a la vez, europeísta: la creación de los eurodelitos.*

Si se atiende al proceso legislativo de la ODE y además al Convenio italo-español de extradición se confirma el hecho de que la supresión de la doble incriminación o se debe a que se considere una anticualla o un representante de los intereses nacionales en los procesos de extradición. Su supresión se debe a la difusión de la siguiente idea entre los ordenamientos estatales existe ya el grado de uniformidad suficiente que se ha conseguido a través de tres caminos.

- la aproximación de legislaciones emprendida por la Unión Europea, lo que ha tenido lugar con el terrorismo, la pertenencia a una organización delictiva, la trata de seres humanos, la corrupción –en parte- el fraude a los intereses financieros.
- a través de Convenciones internacionales del Consejo de Europa, como ocurre con la criminalidad informática, los delitos de la Corte Penal Internacional, la falsedad de moneda, el tráfico de drogas, etc.,
- finalmente, a través de una armonización natural o cultural: el legislador europeo ha supuesto que delitos de corte clásico como el homicidio, la extorsión, la estafa, las lesiones, las falsedades ya están suficientemente armonizados.

Mención aparte es determinar si es precisamente la existencia de tipos penales armonizados lo que explica la inclusión o no de determinados delitos en la lista. No acabo de entender, por ejemplo, la significativa ausencia de buena parte del derecho penal económico o de empresa, sobre todo en ámbitos como el *insider trading* ya armonizados. Y tampoco entiendo la ausencia de tipos penales básicos como la administración desleal del patrimonio o la apropiación indebida: ¿por qué se ha incluido la estafa y no la apropiación indebida?

Esta visión de los ordenamientos estatales y de la capacidad armonizadora de los instrumentos internacionales es si no equivocada sí inexacta al menos en un treinta por ciento. Lo digo de otro modo: es exacta en la misma cantidad de los supuestos que nunca hubieran dado lugar al principio de doble incriminación, pero equivocada en la misma cantidad que causaría problemas. Ni la armonización, ni mucho menos las

concepciones culturales de las figuras delictivas clásicas producen un derecho totalmente homogéneo. Sorprende ciertamente que el legislador europeo tan meticuloso en otras ocasiones, tan amigo de libros verdes y de informes, no se tomara la molestia de comprobar el grado de homogeneidad en cada uno de los delitos de la lista.

Ofreceré sólo tres ejemplos, para comprobar lo anterior, uno por cada “instrumento”:

- aproximación de la UE: en el sector más clásico de todos, el de los intereses financieros, no existe armonización total. Los tipos son diversos, piensen sólo en los límites cuantitativos que establece el legislador español en los delitos contra la hacienda pública, inexistentes en otros países o en el marco de la corrupción en la corrupción entre privados que sigue sin ser constitutiva de delitos en el ordenamiento español, y en otros como el italiano bajo presupuestos bien distintos a los de la Decisión Marco.
- aproximación por Convenciones internacionales: los tipos “facultativos” en la Convención de naciones unidas sobre corrupción. La no ratificación por el Gobierno español de la Convención del Consejo de Europa sobre corrupción.
- aproximación “cultural”: el caso de la estafa del “antiguo miembro de la stasi”.

De aquí, sin extenderme más, se extrae la siguiente conclusión: la lista de delitos no equivale funcionalmente al principio de doble incriminación, es menos garantista que este. Por ello, una interpretación de la misma forma iría contra lo establecido en el art. 1.3 de la Decisión marco: afectaría al stand still de las garantías fundamentales, además no sería aceptable político-criminalmente, al menos si se sigue confiando en el principio de intervención mínima como uno de los pilares de la política criminal contemporánea. A estos efectos entiendo por interpretación formal aquella en la que la autoridad judicial de un Estado Miembro (que recordemos puede ser en algunos casos del MF o incluso una autoridad policial) decida sin más subsumir unos hechos presuntamente delictivos dentro de un determinado delito categorial de la decisión marco, sin que esta labor de subsunción pueda ser controlada por nadie y sin que necesite por su parte ninguna justificación adicional.

La transposición española de la euroorden apuesta claramente por este entendimiento formal de la actividad judicial. El juez español no puede poner en duda la calificación efectuada por la del país emisor, ni tampoco quien va a ser entregado pues contra las decisiones de la audiencia nacional en este punto no cabe recurso alguno (art. 18).

Este déficit funcional garantista de la eurolista puede ser compensado a través de básicamente vía judicial o legislativa.

#### a. Concreción de los eurodelitos por vía judicial.

Las autoridades judiciales del país emisor tienen el deber de argumentar por qué unos determinados hechos se encuentran subsumidos primero en un tipo penal nacional y después en alguna de las infracciones del listado de delitos. Se trata como puede apreciarse de una operación de doble subsunción. Ejemplo: conforme al Derecho nacional los hechos son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos, segundo: la malversación de caudales públicos es un hecho que pertenece a la categoría de corrupción.

Si la autoridad judicial del país de ejecución no está de acuerdo con la calificación, no tiene derecho a denegar la entrega, pero en este punto debería preverse la posibilidad de que la autoridad judicial del país de ejecución planteara una cuestión prejudicial ante el TJCE con el fin de que éste se pronunciara acerca de la interpretación que ha de dársele al “delito”, en este caso, de corrupción. El art. 35.1 TUE debe ser la base evidente de esta cuestión prejudicial.

Esta opción tiene el gran inconveniente de su lentitud, muy acuciado, sobre todo en los primeros años en el que las dudas y discrepancias pueden ser mayores.

#### b. Concreción por vía legislativa.

Los inconvenientes anteriores pueden solventarse por vía legislativa. El Consejo ahora por la vía del art. 34 (el instrumento idóneo sería las decisiones del art. 34.c). Puede concretar lo que se entiende por cada uno de los delitos, ello evidentemente no evitaría posteriores reclamaciones ante el TJCE. Ambas vías no son excluyentes, pero las reduciría potencialmente. Además de esa ventaja, esta propuesta, por la que no oculto mis simpatías, implica mayores dosis de seguridad jurídica desde un primer momento. Y sobre todo, es el legislador europeo quien acaba definiendo los límites y el contenido del Espacio Judicial Europeo.

### 3. Caracteres y funciones de los eurodelitos.

Tanto en uno como en otro caso de lo que se trata, ya sea por vía judicial, ya sea por legislativa, es de construir eurodelitos. Las características de estos eurodelitos son los siguientes:

- (a) La técnica de los eurodelitos no implican una armonización de los derechos penales nacionales. La autoridad del Estado emisor comprueba no sólo si la conducta encaja en el tipo penal nacional, sino si además puede ser subsumida en el eurodelito o tipo de referencia. Esta tipicidad es la que resulta equivalente al principio de doble incriminación.

(b) La técnica de los eurodelitos es por tanto distinta a la de la armonización, es menos incisiva con la soberanía nacional y por tanto más conforme con el principio de subsidiariedad. Lo dicho no implica que en ocasiones pueda procederse a una aproximación de legislaciones. Ambas técnicas son perfectamente compatibles.

(c) La construcción de eurodelitos tiene también como ventajas que evita las complicaciones derivadas de la armonización de las penas. Si la conducta puede ser subsumida en el eurodelito la pena con que se sancione resulta indiferente. Por ello podía prescindirse *de lege ferenda* del límite de los tres años que figura en la Decisión Marco. En el sistema actual de la Decisión Marco, la utilización del sistema novedoso del art. 2.2 se puede ver probablemente más impedida en muchos casos por el sistema de "pena mínima" que por las diferentes descripciones típicas. La descripción de las conductas típicas puede ser similar, pero la pena asignada en muchos supuestos no llega a los tres años. Obsérvense que muchos de los delitos contenidos en la euroorden no son delitos excesivamente graves (racismo y xenofobia, estafa, violación de derechos de propiedad industrial y participación de mercancía, ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal etc.).

Los delitos de corrupción son un buen ejemplo para acreditar que las dificultades en diversos delictivos pueden tener que ver más con la gravedad de las penas que con la descripción de las conductas. Así por ejemplo España puede solicitar una decisión marco al amparo del art. 2.2 / y me limito sólo a los delitos de corrupción en sentido estricto por únicamente tres conductas, lo que muestra lo benévolo de las penas en nuestro ordenamiento):

- a) el cohecho pasivo propio constitutivo de delito (art. 419)
- b) el cohecho pasivo propio cuando se trata de un acto no constitutivo de delito y ha sido realizado (art. 420 primera parte).
- c) el cohecho activo propio si la oferta ha partido del particular (art. 421.2).

En cambio Francia puede solicitar la orden de detención por:

Todas las modalidades de cohecho activo y pasivo propio o impropio, pues como es sabido el CP en su art. 432-11 y 433-1 suprime las distinciones entre cohecho propio e impropio, e igualmente sanciona con igual penal los casos de cohecho activo y pasivo. Alemania se encuentra en una situación parecida a Francia, pues aunque los marcos penales pueden ser elevados aunque no tanto como los franceses, opta por tipos penales donde la discrecionalidad en la determinación de la pena es muy amplia, con penas de multa como alternativa a pena de prisión de hasta tres años.

- a) Corrupción propia activa y pasiva (art. 332 y 334)

b) el equivalente a la corrupción impropia –la aceptación y concesión de regalos- activa y pasiva (pág. 333 y 332).

Italia con penas más moderadas que las francesas y cercanas a las alemanas, aunque con menor margen, puede utilizar el art. 2.2 en el cohecho propio activo y pasivo, pero con algunas excepciones, que derivan de un tipo especial (art. 320) que reduce las penas cuando se trata de un particular encargado de servicio público y como consecuencia de un delito de instigación a la corrupción (art. 322) que también reduce las penas).

Prescindir del límite de la pena a mi juicio sólo trae efectos beneficiosos. En primer lugar, en fase legislativa de determinación de la pena, evita la nefasta costumbre muy extendida en el legislador comunitario de fijar el límite de las penas atendiendo a la posibilidad de facilitar la cooperación internacional, especialmente la extradición. Han existido instrumentos que obligaban a los legisladores nacionales a establecer penas superiores al año, por conductas que ni de lejos merecían dicha penalidad. Las penas se determinan atendiendo a la gravedad de la conducta, del resultado y a otros factores como la necesidad de prevención general o la visibilidad del delito (cifra negra). Igualmente en sede judicial mucho me temo que lo que puede ocurrir es que las autoridades judiciales tiendan a calificar los delitos inicialmente en su modalidad más agravada con el fin de poder utilizar el mecanismo de supresión de la doble incriminación.

Los eurodelitos por tanto captan las conductas más graves, pero permiten políticas criminales flexibles, con utilización de penas alternativas y si tener que recurrir necesariamente a penas privativas de libertad. Otra cosa es que la UE por cuestiones distintas a la mejora de la cooperación internacional, desee armonizar las penas proceda a la armonización.

d) No obstante, a los fines de la cooperación internacional y del control de las autoridades y funcionarios comunitarios a la técnica de los eurodelitos es preferible la aproximación de legislaciones. En efecto, la aproximación no es nunca total, no es unificación. Una de sus principales características es la flexibilidad. Por ello siempre da lugar a que sigan existiendo disparidades entre los ordenamientos nacionales. Por otro lado, no creo que sea posible ni deseable armonizar los delitos contra la vida u otros tipos penales clásicos (estafa, robo/hurto, etc.), pero sí que resulta posible la realización de eurodelitos.

(e) Un eurodelito es una norma penal secundaria, que no contiene ninguna prohibición directa para los ciudadanos. Son tipos penales que pertenecen al derecho penal europeo, como parte integrante del principio de reconocimiento mutuo y constituyen la alternativa funcional al principio de doble incriminación.



(f) Sus destinatarios son las autoridades judiciales y policiales de los países miembros en el marco de la cooperación policial y judicial, como parte integrante del principio de reconocimiento mutuo y alternativa funcional al principio de doble incriminación pero también son destinatarios los miembros de Europol y Eurojust. Al delimitarse el marco de competencias de estas instituciones se ha acudido también a la técnica del listado de delitos, que no es una invención de la euroorden. La concreción de los delitos allí previstos sirve para limitar conforme a parámetros propios de un Estado de derecho.

(g) Metodológicamente, los eurodelitos no deben conformarse a partir de un sumatorio de las conductas prohibidas en todos los Estados Miembros (máximo común denominador). Si en el ámbito de los eurodelitos existen convenios internacionales, sus contenidos pueden resultar el punto de partida.

## II. LOS EURODELITOS DE CORRUPCIÓN

Las bases de la propuesta de eurodelitos de corrupción son<sup>1</sup>:

*Primera:* AL igual que ocurre con los intereses financieros debiera establecerse un auténtico Derecho Penal Europeo (modelo de unificación), para la protección de la función pública comunitaria, que deberían caer bajo la competencia del FGE. Se hace por tanto necesario un catálogo de delitos que afecte a los funcionarios públicos europeos similar a los nacionales.

Ello comprendería no sólo la corrupción activa y pasiva propia sino también como mínimo los de corrupción impropia, la malversación de caudales públicos, el tráfico de influencias, la prevaricación y el fraude en la asignación de contratos públicos. A mi juicio, también debería formar parte del concepto de corrupción de funcionarios comunitarios aquellos que supongan la ocultación de conflicto de intereses o la realización de actividades prohibidas.

*Segundo:* El delito de corrupción entre privados forma parte del concepto de corrupción a los efectos de la Orden de Detención Europea, siempre y cuando estas conductas se sancionen con pena superior a tres años por los ordenamientos estatales. El considerando (5) de la Decisión marco muestra claramente que éste ha sido el deseo del legislador europeo. Estamos por tanto ante un caso de “interpretación auténtica”.

---

<sup>1</sup> Puede verse, con mayor detalle, la obra colectiva que recoge las actas del Seminario sobre corrupción celebrado en Ciudad Real el 1 de octubre de 2004. Publicación del Instituto Europeo de Derecho Penal Europeo e Internacional.

*Tercera:* La existencia de un delito de corrupción entre privados resta importancia a la delimitación exacta, a los efectos que aquí interesan de los dominios de la corrupción pública y privada, lo que atañe fundamentalmente al concepto de funcionario público. No obstante, existen aún problemas, que aquí sería complejo de enumerar por los que estimo conveniente que los eurodelitos de corrupción deberían partir de un concepto determinado de funcionario público. Este debe confeccionarse de forma amplia.

Dentro del concepto de funcionario público se incluyen también los miembros de órganos de asambleas legislativas nacionales o regionales e igualmente concejales de municipios. La corrupción de parlamentarios, cuyo tratamiento plantea diferencias entre los diversos países de la UE, debe formar parte del delito de corrupción de funcionarios públicos.

*Cuarto:* Los Convenios internacionales en materia de corrupción, incluido el I Protocolo y el Convenio del 1997, se restringen, en lo que se refiere al delito de corrupción o de cohecho en sentido estricto, al cohecho propio que tiene como toa común el intento de compra o la compra o la oferta o la venta de un acto contrario al deber. Esta opción debe mantenerse. No deben formar parte de los eurodelitos de corrupción las modalidades menos graves de corrupción, como son la entrega o aceptación de regalos o la aceptación de una ventaja indebida por realizar un acto conforme a sus funciones.

No obstante existen dos casos de corrupción, a caballo en muchos ordenamientos entre la corrupción propia e impropia, que deben formar parte en cualquier caso del eurodelito de corrupción.

La entrega o promesa de una ventaja indebida a un funcionario público que debe llevar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión de carácter discrecional o la solicitud o aceptación por parte del funcionario público. Y ello sin necesidad e demostrar que efectivamente la entrega de esta cantidad fue o va a ser tomada por el funcionario público en su decisión o que con ella se pretende influir.

La entrega o promesa de una ventaja indebida (o la solicitud o aceptación = cohecho activo) a un parlamento o a otro miembro de asambleas legislativas, en atención a un acto a realizar en el ejercicio de sus funciones.

*Quinto:* Asimismo y en relación a parlamentarios y altos cargos de la Administración deben formar parte del concepto de corrupción delitos similares a la “toma ilegal” de intereses del art. 432 del CP francés o de las negociaciones prohibidas a funcionarios públicos del CP español. Se trata de sancionar dos conductas.

Incumplimiento de las obligaciones de declaración de relaciones patrimoniales con el fin de ocultar un conflicto de interese en un asunto que haya de intervenir por razón de

su cargo. Bien jurídico de esta conducta es la protección de la transparencia patrimonial.

Realizar una actividad económica en un asunto en el que haya de intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, delito de peligro cuyo objetivo es evita conflictos de intereses y por tanto situaciones en las que existe una pérdida de la imparcialidad similar a la que tiene lugar en los casos de corrupción.

*Sexto:* Entre los eurodelitos de corrupción debe figurar el tráfico de influencias, que existe al menos en España y Francia aunque sobre la base de modelos legislativos distintos. Aunque muchos ordenamientos europeos desconocen esta figura está presente tanto en el Convenio del Consejo de Europa, como en el de Naciones Unidas. El tráfico de influencias realizado por el funcionario público a cambio de una contraprestación puede quizás integrarse en los delitos de corrupción, si se interpreta de forma amplia el acto en el ejercicio del cargo. Pero lo que queda fuera de los tipos penales es la conducta del particular, no funcionario público, que a cambio de un beneficio económico solicita, reciba o acepta un beneficio económico, con el fin de influir sobre el funcionario público que ha de tomar una decisión.

*Séptimo:* Entre los eurodelitos de corrupción debe figurar también la financiación ilegal de partidos políticos. Aunque con bastantes divergencias en la casi totalidad de los países de la UE existen tipos de financiación ilegal. Las conductas que deberían incluirse son:

La financiación pública ilegal que castiga las conductas realizadas por funcionarios públicos con el fin de financiar ilegalmente con fondos públicos a un partido político. Esta conducta afecta al principio de igualdad de trato.

La financiación privada oculta consiste en (a) no poner a disposición de l partido una donación, (b) ocultarla en la contabilidad del partido o en otros documentos destinados a garantizar la transparencia de la situación patrimonial del partido, (c) fraccionar la donación o los datos falsos con el fin de que no se conozca la identidad del donante.

