

DESPUÉS DE GÜRTEL: TRATADOS CONTRA LA CORRUPCIÓN Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Bartolomé Clavero

1. *Constitución y Tratado.*

Partamos del párrafo primero del artículo noventa y seis de la Constitución española: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. En su virtud, si nos atenemos al pronunciamiento estricto y nos olvidamos de las doctrinas usuales que comienzan todavía por interponer la soberanía del Estado, los tratados cobran en España un valor normativo directo, sin necesidad de mediación de ley y con obligación de conocimiento para la justicia. Ni la una ni la otra pueden afectar a una norma que, como el Tratado, sólo puede alterarse en conformidad con las previsiones del propio derecho internacional. Por interponerse, no puede hacerlo ni la Constitución.

Todo ello es en efecto conforme al mismo derecho internacional. Aunque cabe una interpretación más restrictiva en el sentido de que sólo mira a la responsabilidad exterior del Estado y no a su normatividad interna, recordemos lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 ratificada por España en 1972: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”; “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno” (arts. 27 y 46.1). Son disposiciones que la Constitución ha potenciado con el pronunciamiento referido dotando al Tratado de valor normativo inmediato.

La Constitución así se somete a Tratado y no al contrario. Si hubiera contradicción o algún problema de encaje, el momento de manifestarlo es el previo a la incorporación de la norma al derecho interno: “Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo”, con ciertas restricciones a su vez (Viena, art. 19). En otro caso, el Estado, de ser necesario para el cumplimiento del Tratado, está obligado a modificar su derecho interno sin excluir a la Constitución misma. La reforma previa es lo previsto justamente en ella: “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional” (art. 95.1). Hay un caso paladino bien a la vista de puesta en práctica hasta el momento.

Antes de la entrada en vigor el primero de noviembre de 1993 del Tratado de la Unión Europea, el dicho de Maastricht, con la disposición de que “todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado” (Disposiciones por las que se Modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, parte II, art. 8-B.1), España había hecho sus deberes con la correspondiente reforma de su

Constitución el 28 de agosto de 1992 respecto a tal concreto efecto, aunque no lo hiciera ni lo haya hecho en relación a su completa y compleja incardinación en la Unión.

Si la Constitución no se ha replanteado ante la novedad de la Unión Europea, hay que mirarse a su Tratado constitutivo, hoy en la versión consolidada de 2016, antes que a la Constitución, para una serie importante de cuestiones constitucionales. Es al fin y al cabo lo previsto en el referido primer párrafo del artículo noventa y seis de la misma. Que parte de la Constitución se encuentre fuera de la Constitución o, si quiere decirse, por encima incluso de ella, no es algo imprevisto pues ahí estaba la posibilidad, aparte de que también, con respecto sabidamente a la Unión Europea, figure de otra forma más específica la previsión: “Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución” (Constitución, art. 93). El artículo 96 es de mayor alcance. En su virtud, sin tal requisito de legislación orgánica, los Tratados internacionales, incorporándose al ordenamiento jurídico interno, pueden sobreordenarse sin excluir a la misma Constitución caso de que ésta no se reforme previamente en consecuencia. Suena fuerte, pero veremos.

2. Tratados contra la corrupción.

Hablemos de la lucha contra la corrupción, del ordenamiento que acude a tal objetivo. ¿Miramos al Código Penal? Según la previsión constitucional, de haber Tratados, tendríamos que colacionarlos incluso con anterioridad al propio Código, pues éste no puede ni derogarlos ni modificarlos ni suspenderlos, según los verbos usados por la Constitución; esto es, no puede ignorarlos ni alterarlos en forma alguna. Cabría presumirse, y suele hacerse en efecto, que el Código Penal responde a los compromisos adquiridos mediante Tratados internacionales, de existir éstos en su materia, pero mejor resulta siempre comprobar las cosas o, dicho de otro modo, aplicar un principio de sana desconfianza. Habremos de comenzar entonces, no por el Código Penal, sino por los Tratados debidamente ratificados por España.

Respecto a la corrupción, existen, varios además a falta de uno. Tenemos en primer lugar, por orden cronológico, el Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, de 1997, ratificado por España en el 2000; en segundo lugar, el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción, de 1999, ratificado por España en 2010; en tercero, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003, ratificada por España en 2006. Desde la preocupación del primero tan sólo con el mercado hasta el carácter realmente abarcador del último, el abanico ha ido amplificándose. Y cabe añadir, a medio camino del espectro, disposiciones de la Unión Europea como, entre otras, la Decisión Marco del Consejo sobre la Lucha contra la Corrupción en el Sector Privado, de 2003. También viene comprometiéndose ulteriormente la propia Unión Europea, concretando previsiones y medidas, al introducirlas en Tratados con Estados terceros. Todo ello, como mínimo, tendríamos que mirar antes de acudir al Código Penal a los efectos de verificar adecuación o contrastes. De darse éstos, tales normas internacionales, junto a las europeas, deben prevalecer sobre el Código a la luz de la Constitución. Si nos tomamos en serio el derecho internacional, no presumamos que el Código se haya adecuado.

El Código Penal español ha sido seriamente reformado en 2010 a fin de adecuarse a derecho internacional y al europeo entre otras razones reconocidas en su exposición de motivos. En materia de corrupción, sus referencias de este signo no son muy expresivas ni completas. Explícitamente invoca el Convenio de la Organización de

Cooperación y Desarrollo Económicos sobre la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, el Convenio Penal del Consejo de Europa de carácter más general y la Decisión Marco de la Unión Europea sobre la corrupción en el sector privado. Para un extremo clave la referencia es más genérica: “Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara” al respecto, no especificando ni siquiera que uno de esos instrumentos, el principal sin término de comparación, es la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Sobre ésta, extrañamente, no dice nada. Sin embargo, veremos que va a ser piedra de toque.

Hagamos un inciso sobre el valor normativo de los Tratados en materia de corrupción a la luz de la Constitución. Como es bien sabido, el artículo 96 no es el único momento en el que la misma se refiere al valor de los Tratados. Contiene una previsión distinta acerca del caso de los de Derechos Humanos que entonces así se particulariza: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10.2). Precisamente estos concretos Tratados, los específicos de Derechos Humanos, en vez de incorporarse tal cuales al ordenamiento jurídico, habrían de operar tan sólo como término de referencia para la interpretación de la Constitución, dotándoseles así de un perfil normativo bastante inferior al determinado con carácter general para todo Tratado debidamente ratificado por el artículo 96.1. La cuestión se complica porque la propia Constitución incluye expresamente entre los Tratados que se incorporan al ordenamiento jurídico y que, por tanto, necesitan de aprobación parlamentaria aquellos “que afecten (...) a los derechos y deberes fundamentales establecidos” en la Constitución misma (art. 94.1-c). ¿Cómo se distingue entre Tratados de Derechos Humanos del artículo 10.2 y aquellos que sólo “les afecten” de esa otra previsión constitucional? ¿Y cómo es, para mayor extrañeza, que a los primeros se les depare un valor normativo inferior a los segundos? ¿Cómo pudiera resultar que parte del ordenamiento jurídico sea al tiempo, cual si constituyese todavía un elemento exterior, término de referencia para interpretarlo?

Es, a mi juicio, una antinomia constitucional que aquí, afortunadamente, podemos eludir. A los Tratados contra la Corrupción no es aplicable el artículo 10.2 reductor de valor normativo porque no lo son de Derechos Humanos. No se presentan, motivan ni fundamentan como tales. A lo más, la Convención Penal del Consejo de Europa declara desde su preámbulo que “la corrupción constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos”. Caso distinto es el de la Convención de la Unión Africana sobre la Prevención y la Lucha contra la Corrupción, de 2003, que fija entre sus principios el de “respect for human and peoples’ rights in accordance with the African Charter on Human and Peoples’ Rights” (art.3.2). Conexión la hay por supuesto en todos los casos. Los instrumentos internacionales contra la corrupción “afectan”, todos, a derechos fundamentales, digámosles constitucionales o humanos, por lo que los ratificados por España se incluyen sin género de dudas en la previsión del artículo 96.1. Por esto digo que aquí podemos prescindir de dicha antinomia constitucional sobre el valor de los Tratados que interesan a derechos.

3. *Examen de España.*

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, esa que España ratificó en 2006 y sobre la que la reforma del Código Penal de 2010 guarda silencio, establece un mecanismo para el control de su cumplimiento: “La Conferencia de los

Estados Parte (...) examinará periódicamente la aplicación de la presente Convención” por parte de los mismos, a cuyo efecto éstos deberán comenzar por proporcionar “información sobre sus programas, planes y prácticas, así como sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para aplicar la presente Convención” (art. 63.4-d y 6). Para este examen intergubernamental se designan expertos que analicen y contrasten la información suministrada por el Estado. España presentó su primera información tras la reforma del Código Penal de 2010. Nombrados los expertos, tres belgas y dos lituanos, dos mujeres y tres hombres, recibieron y recabaron información suplementaria, así como rindieron una visita de trabajo en 2011. El Informe sobre el Examen del País del Reino de España está aprobado en 2015. Ha sido uno de los primeros Estados en presentarse al examen y es el primero en pasarlo. No ha versado sobre toda la Convención, pero se ha concentrado en la parte que aquí puede más interesarnos, su capítulo tercero, el de “Penalización y aplicación de la ley”. Al equipo belga-lituano le asisten expertos gubernamentales españoles, todos hombres.

El Tratado internacional anticorrupción más abarcador y más comprometido, atendiendo en mayor medida a pormenores de tipificación y persecución de conductas criminales, es sin duda, como está dicho, la Convención de Naciones Unidas. Que España ya haya pasado un examen sobre su cumplimiento resulta un detalle del máximo interés. Aprovechémoslo, aunque sólo sea para ahorrarnos el trabajo de realizar la misma tarea. En su información previa España alega que los planteamientos y exigencias de la Convención se han trasladado al Código Penal mediante la reforma de 2010. No se explica entonces el silencio visto a su respecto, pero el Informe lo admite y aprueba, al menos de partida: “El ordenamiento jurídico español es de tradición jurídica continental (...). Las reglas generales del derecho penal están contenidas en el Código Penal (...). La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, supuso una importante modificación del Código Penal en relación con los delitos de corrupción”.

El Informe no arranca con este punto de la reforma penal, sino, justamente, con el de incorporación de los Tratados al ordenamiento interno en virtud del artículo constitucional 96.1 (“de acuerdo con la Constitución española, los tratados ratificados por España forman parte de la legislación interna y, por lo tanto, pueden aplicarse de manera directa”), pero de tal modo, habida cuenta de lo que llama “tradición jurídica occidental”, avala que sea el Código Penal la norma que, mediante la oportuna reforma, siga constituyendo el término de referencia de la justicia. La Convención se ha convertido en “legislación” española, según justamente se asegura, desde el momento de la ratificación, pero, gracias a la reforma, pues no sería tal el caso sin ella, el Código Penal mantiene su posición de primacía para la justicia.

Surgirán sin embargo problemas de desencaje entre Convención y Código cuando se descienda a detalles. Tal vez el silencio de la reforma de 2010 sobre el instrumento de Naciones Unidas no sea tan gratuito ni tan inocente. Como cabe siempre la posibilidad de desajuste entre una y otra norma, no se entiende en momento alguno por el Informe que el Código pueda sustituir y eclipsar a la Convención. El primer apunte crítico se refiere precisamente a que en España no se atiende en la forma debida, a la luz tanto de su Constitución como del derecho internacional, al valor normativo de la tratadística internacional como ésta contra la corrupción: “Mientras que España puede aplicar la Convención contra la Corrupción de manera directa, el uso práctico de la Convención es limitado debido a que se aplican principalmente los instrumentos de la Unión Europea y los tratados bilaterales de España, especialmente en el área de cooperación internacional”, menos, bastante menos, los más propia o globalmente internacionales. Es cosa que hemos detectado en la misma motivación del Código.

Son varios y neurálgicos los momentos de desencaje que recomendarían mantener a la vista la Convención junto al Código. Relacionemos algunos por el orden como aparecen en el Informe: “la legislación española requiere que la conducta [de tráfico activo de influencias] se ejecute con el propósito de obtener un beneficio económico, mientras que la Convención contra la Corrupción no exige dicho elemento intencional”; “con respecto al blanqueo del producto del delito, España optó por un enfoque que contempla el blanqueo de bienes procedente de ‘cualquier actividad delictiva’. El blanqueo de dinero es un delito autónomo y, por lo tanto, no exige la previa condena por la actividad delictiva precedente, de la que provienen los bienes objeto del blanqueo”; “la obstrucción a la justicia, en los términos previstos en el artículo 25 de la Convención contra la Corrupción, no se penaliza como tal”; “España tiene un período mínimo para la prescripción de los delitos tipificados de acuerdo con la Convención de 5 años y de 10 en algunos casos. Mientras que 10 años constituye un período suficientemente prolongado, lo adecuado de una prescripción de 5 años depende de la posibilidad de prolongación/suspensión de la prescripción y de su aplicación práctica. España no tiene regulación alguna que contemple un período más prolongado de prescripción o una interrupción de la misma cuando el presunto delincuente se ha sustraído a la acción de la justicia”. La Convención exigiría esta flexibilidad.

Me he saltado un par que resulta especialmente significativo: “el enriquecimiento ilícito no se ha establecido como delito independiente en España debido a que se considera incompatible con la presunción de inocencia contenida en el artículo 24 de la Constitución española y su interpretación por parte del Tribunal Constitucional”; “la inversión de la carga de la prueba con respecto al origen lícito de los presuntos productos del delito u otra propiedad que esté sujeta a decomiso no se ha regulado en España, pues se consideraba como una vulneración del principio de presunción de inocencia”. La presunción de inocencia que alega España para no cumplir con algunas de las obligaciones de la Convención y que al Informe no parece convencerle, apuntándolo con discreción como suele estilarse en estos procedimientos internacionales, merece una reflexión atenta a cuanto venimos constatando.

El momento de alegar dicha reserva por desajuste entre Constitución y Convención hubiera sido el previo a la ratificación. Pero España no interpuso ninguna reserva sustantiva en ese momento. Sólo hizo una que podemos decir adjetiva con referencia implícita a Gibraltar; “El Reino de España declara que la expresión ‘territorio especial’ (...) se refiere a las entidades integradas dentro de la organización territorial de los Estados Partes, pero no así a aquellos territorios cuyas relaciones exteriores asuman tales Estados”. En la reserva equivalente que se había interpuesto al Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción constaba bien explícita la referencia al caso gibraltareño. Respecto a la Convención de Naciones Unidas, de haber existido la reserva sustantiva, se habría tenido que optar entre, de una parte, no ratificarla, significándose con ello España frente a una política internacional de primer orden hoy en las relaciones entre Estados, y, de otra, reformar la Constitución antes de ratificar conforme al ejemplo que hemos visto en relación a la Unión Europea.

En puridad, la reforma constitucional no hubiera sido necesaria porque la norma constitucional se limita a registrar sin más “la presunción de inocencia” (art. 24,2), lo cual tendría que entenderse conforme a la Convención tras su ratificación. Toda la justicia penal y el mismo Tribunal Constitucional habrían de venir a este entendimiento, aunque, como ya ha apuntado el mismo Informe, no están ni la una ni el otro por la labor de atender directamente a Tratados como las normas españolas en las que se convierten. En todo caso, la alegación de Constitución, de su principio de presunción de

inocencia, en el curso del examen resulta de lo más impertinente. Es la misma táctica que viene utilizando España, con unos o con otros gobiernos, ante informes de instancias de derechos humanos en relación con la impunidad de la última dictadura.

En el Informe belga-lituano no todo son críticas más o menos explícitas ni mucho menos. He aquí un momento relevante de apreciación de la relación efectiva, aunque la propia motivación no la proclamase, entre el Código Penal español y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. El primero “cuenta entre sus principales reformas [de 2010] con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los siguientes delitos tipificados en la Convención: blanqueo de capitales (art. 302), cohecho (artículo 427), tráfico de influencias (artículo 430), corrupción de funcionario extranjero (artículo 445), organizaciones o grupos criminales (art. 570 quáter)”. Un problema presente en la jurisprudencia internacional desde los tiempos del Juicio de Núremberg, el del eventual carácter criminal de organizaciones no sólo sociales, sino también políticas, ha encontrado una junta tipificación, a los efectos de la lucha contra la corrupción, en la Convención internacional que se ha trasladado al Código español.

4. *Tras Gürtel: a vueltas con la legalidad.*

“Estos artículos [algunos de los referentes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, expresa el Informe belga-lituano] cubren todos los elementos requeridos” por la Convención, bien que falte todavía la prueba decisiva de la acción de la justicia: “aun no existen casos o registros judiciales desde la reforma de la ley en 2010, debido al hecho de que la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio entró en vigor apenas el 23 de diciembre de 2010”. Ya no es así. Entre mayo y junio de 2018 se han producido las dos primeras sentencias judiciales de entre los varios procesos abiertos por el caso más clamoroso de corrupción de los últimos tiempos que además salpica, por decir poco, a una organización política, nada menos encima que la del partido de gobierno a la sazón, el Partido Popular. Se trata del famoso Caso Gürtel, del que se puede obtener todo tipo de información y de opiniones en la hemeroteca y el blogerío en línea. Añádanse a “Gürtel” como términos de búsqueda “Bárceñas”, “Correa”, “Camps”, “M. Rajoy”, “Aznar” y “Partido Popular”. Llueve además sobre empapado. Hay precedentes no menos graves de corrupción e impunidad con otros partidos, inclusive el de turno en el gobierno de Estado, el Partido Socialista Obrero Español.

Las primeras sentencias sobre el Caso Gürtel interesan neurálgicamente a las relaciones entre Convención contra la Corrupción y Código Penal, así como, por ende, a la identidad y a la integración del ordenamiento. Se deben a la Audiencia Nacional, un tribunal de excepción con jurisdicción penal selectiva sobre todo el territorio del Estado que no tiene encaje posible en el diseño judicial de la Constitución y cuya sola existencia atenta contra derechos reconocidos en ella como sea el de juez llamado natural u ordinario (Constitución, art. 24.2). Dejemos ahora al margen este serio problema porque la Audiencia Nacional resulta un buen exponente de la cultura judicial de ámbito español a los efectos normativos que aquí nos ocupan. Vayamos a la primera de sus sentencias en la serie que apenas ha comenzado sobre dicho caso de corrupción.

Observemos la alegación o, más bien, exclusión de derecho en un momento del fallo: “Para valorar adecuadamente la responsabilidad del Partido Popular en la forma como se ha solicitado por las acusaciones como partícipe a título lucrativo en ausencia de cualquier posible responsabilidad penal a(l) tratarse de hechos anteriores a la reforma del Código Penal operada por Ley 5/2010, que introdujo en nuestro derecho la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas, debemos acudir a los

elementos de contexto que refieren lo (que) significó la formación de la trama Gurtel en torno a la actividad de este Partido”, una contextualización que se utiliza para endosar a tal formación política tan sólo responsabilidad civil por enriquecimiento ilícito. La novedad de las responsabilidades penales de las personas jurídicas, como lo sea el Partido Popular, se sienta así pacíficamente, sin mayor escrutinio, que no se introdujo hasta 2010 mediante la reforma del Código Penal. Interrogémonos.

¿No está claro por el artículo 96.1 de la Constitución, tal y como ha sido destacado por el Informe de Naciones Unidas, el belga-lituano, que la punibilidad de las personas jurídicas rige en España desde 2006, desde la ratificación de la Convención contra la Corrupción? Nada de esto, ni Tratado como norma ni Informe como guía interpretativa, existe para la Audiencia Nacional. En realidad, pese a la Constitución, unos Tratados vigentes como ordenamiento interno en España, ni los de Derechos Humanos ni otros que interesen igualmente de algún modo a derechos, a sus garantías y, por tanto, a justicia, existen para esta sentencia. Es síntoma de toda una cultura normativa por efecto de la cual el ordenamiento al que se debe la justicia resulta ser tan sólo el español en el sentido más restrictivo, diga lo que diga, me permito reiterar, la propia Constitución española. Ésta es la primera que comienza por ignorarse. Ya hubo un magistrado del Tribunal Supremo que notoriamente afirmó en voto particular que aplicar directamente derecho internacional viola la soberanía del pueblo español representada por las Cortes y sus leyes. Otros seguían la pauta cuidando de no quedar tan en evidencia a la contra de la Constitución y del propio derecho internacional.

La segunda sentencia de la Audiencia Nacional sobre el Caso Gürtel se refiere a hechos ocurridos en 2007 y 2008, situados así entre la ratificación de la Convención contra la Corrupción y la reforma del Código Penal. El tribunal opera sobre el supuesto de que nada de lo traído por la segunda puede aplicarse con efectos retroactivos, como si todo ello, y algo más, no estuviera en vigor, según la Constitución, desde que entrara en vigor la primera, la Convención de Naciones Unidas. Su exclusión pesa. No se considera la posibilidad de unos delitos autónomos, como dice el Informe belga-lituano, de blanqueo de dinero y de obstrucción de la justicia. No hay cuestión de responsabilidad penal de personas jurídicas. Y el juego rígido de la prescripción en corto de cinco años incrementa los efectos de impunidad. Todo ello permite la reducción o incluso el descarte de responsabilidades penales de agentes políticos. Por lo general, se sigue olímpicamente ignorando que los Tratados que interesan a derechos y garantías forman constitucionalmente parte del ordenamiento al que se deben tanto la justicia como la política. Bajo tal cultura normativa, no se espere de la segunda más que de la primera. Por lo demás, unas sentencias tan prevaricadoras se celebran porque son condenatorias, aunque de los agentes no políticos más que de los políticos. No es excusa de no obrar a sabiendas la ignorancia contumaz de parte constitutiva del ordenamiento.

Las primeras sentencias del Caso Gürtel son la prueba, si realmente hiciera falta a estas alturas, de que la identidad definida y la integración diseñada para el ordenamiento por la Constitución ha quedado en papel inerte y letra muerta. Hay una cultura pervertida del derecho que, entre la deliberación y la inconsciencia, corre por debajo y por encima de la última transición entre dictadura y constitucionalismo emparedando y ahogando sus mejores posibilidades, como las que miran a garantía de derechos mediante el sometimiento del Estado al ordenamiento internacional que les interesa. Aunque no se presente como expresión de este garantismo, la lucha contra la corrupción no se ha quedado en el horizonte mercantilista de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, sino que ha venido a un planteamiento comprensivo que interesa a derechos como el de la Convención de Naciones Unidas.

Parece que en balde para España, donde se mantiene viva y fuerte una cultura chata de ley de Estado. El Estado vence todavía el pulso a la Constitución en definitivas cuentas. Así se impone una cultura jurídica por encima del derecho mismo de forma tan penetrante que incluso impregna las alegaciones de las partes acusadoras en los procesos judiciales. Y no digamos de la debilidad parlamentaria para conducir investigaciones sobre corrupción. La Constitución las permite sin habilitar al Congreso con las debidas facultades. Sumida la política en dicha misma cultura que se superpone al derecho, ni siquiera sirven los interrogatorios parlamentarios para poner en evidencia las limitaciones de la actuación de la justicia por concepción y aplicación de un ordenamiento que no responde a las determinaciones constitucionales. Con ocasión de juicios por corrupción contra expresidentes de la República en Perú tuve ocasión de contrastar debilidades de las prácticas españolas. En mi sitio web se tiene el enlace.

Puede haber argumentos, incluso constitucionales, para defender tal cultura de derecho patrio antes que de derechos fundamentales. Se alegan cuando la cuestión se suscita. Está ante todo el de la irretroactividad penal, que no viene al caso cuando de lo que se trata es de la dilucidación entre normas y del momento de su entrada en vigor, no de que ninguna de ellas pueda aplicarse con efecto retroactivo. También se alega el argumento de la seguridad jurídica o normativa, como si la integración del ordenamiento conforme al canon constitucional supusiera un factor de inseguridad porque las normas internacionales no estuviesen suficientemente determinadas. Queda el argumento principal: “La Constitución garantiza el principio de legalidad”. Todos estos motivos sabidamente figuran en el artículo 9.3 de la Constitución, la cual no deja de especificar: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados (...) sometidos únicamente al imperio de la ley” (art. 117.1). Dice de la ley en exclusiva y no del derecho internacional. La alegación se refuerza porque la ley constitucionalmente se entiende como norma avalada por el Parlamento. Bien está, pero ¿no son los Tratados que interesan a derechos aprobados también por el mismo?

El principio de legalidad debe por supuesto seguir afirmándose en función de garantía particularmente para la justicia penal. Ha de ser indeclinable e inexcusable en sobre todo el caso de sistemas judiciales que no otorgan un papel relevante a efectos de apreciación de derecho, no sólo de hecho, a la participación ciudadana a través de la institución del jurado o similar. A ello vino la misma idea de la codificación penal en el ámbito de la “tradicón jurídica continental” que nos dice el Informe belga-lituano. Esto podría llevar al máximo grado de la seguridad jurídica que supondría la reclusión de todo el derecho penal en el Código homónimo. El principio de legalidad sería entonces principio de codicidad, excluyéndose cualquier otra norma, inclusive hoy la internacional, de los términos de referencia de la justicia penal. Mas nunca ha sido así. Siempre ha habido leyes, e incluso normas de rango inferior en el peor de los casos, con contenido penal al margen del Código. Si éste contase con la exclusiva constitucional de la tipificación de ilícitos tendría más sentido el mismo principio de la seguridad jurídica o normativa. No siendo así las cosas, no hay argumento constitucional de reducción al Código de la justicia penal para control de la irretroactividad y por razón de seguridad. La inseguridad empero la introduce, en sí misma y ante instancias supraestatales. la ignorancia constitucional y iusinternacional de la cultura judicial imperante.

Casos como el de la desautorización de la llamada Doctrina Parot, que ampliaba retrospectivamente el tiempo de la pena efectiva, por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrían haber servido de lección, lo que no ha ocurrido. El caso de Cataluña, doblándose la apuesta en el mismo terreno judicial, incrementará de seguro la frustración. La justicia española no aprende a situarse en un constitucionalismo de

diversos niveles que le depara una posición intermedia, entre Cataluña y Europa digamos en el caso. En cuanto a capacidad de incidencia directa, el derecho europeo y el derecho internacional se están desarrollando bastante más allá de lo que pudiera haber previsto la Constitución y ésta no acaba tampoco de aprender a reformarse en consecuencia, pero esto no es excusa para que el reto de la necesidad de reajustes no vaya resolviéndose conforme a las previsiones y disposiciones constitucionales.

Respecto a la Constitución misma, no muy coherente y hasta antinómica según venimos viendo en punto tan sensible como el de la concepción y determinación del ordenamiento, la cuestión entonces radica en qué cosa entendemos por un término hoy tan ambiguo como el de ley o de legislación. Cuando se utiliza en sentido genérico, habrá de entenderse lo mismo que *law* conforme a un anglicismo que está introduciéndose con fuerza en castellano, diciéndose por ejemplo ley internacional en vez de derecho internacional. No es descuido de lenguaje que el Informe belga-lituanense se refiera a la Convención contra la Corrupción como “legislación” para España. Aparte de que también mantenga, según contexto, el sentido de norma de procedencia parlamentaria, ley no es entonces otra cosa, de acuerdo con la identificación y la integración definidas, aunque difusamente, por la Constitución, que ordenamiento y el ordenamiento entero. El imperio de la ley al que se debe la justicia resulta entonces, para el caso, prevalencia tanto de la Convención como del Código. Tampoco es que vaya a complicarse mucho la vida de la justicia porque tenga que atender no sólo a las normas que tiene más a mano porque otras empiezan por postergarse desde el mismo momento de su primera formación profesional en las Facultades de Derecho.

Bien está que se alegue, como en general se acostumbra, la existencia de una “tradición jurídica continental”, se le nombre y se le estime como sea, que tiende a identificar el derecho con la ley en sentido reducido, así como al penal con el Código. Bien está mientras que ello juegue en la dirección de la seguridad jurídica sin detrimento para la determinación constitucional del ordenamiento en base a derechos y en función de garantías. La impunidad parcial producida por las primeras sentencias del Caso Gürtel no dice mucho a favor del entendimiento reductivamente legalista del derecho. La clave al final se contrae a qué entendamos por principio de legalidad, si prevalencia de ley de Estado o imperio, si quiere así seguir diciéndose, del ordenamiento sobre la arbitrariedad (Constitución, susodicho art. 9.2). Arbitrario es el comportamiento imperante de la justicia respecto a lo que sea el derecho al que se debe.

No es cuestión de que la justicia juzgue a ley en el sentido estricto de norma parlamentaria, ya por control de constitucionalidad, ya por control de convencionalidad o tratadística internacional. Se trata de que se atenga a la integridad del ordenamiento jurídico conforme lo concibe la Constitución, no una tradición de doctrina. De abrigar duda sobre la integración, es el caso de que la justicia recurra a la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional previsto por la misma Constitución (art. 163, mediante la debida reinterpretación o, tal vez mejor, reformándosele). También es cierto que, desde que existe, esta instancia de control de constitucionalidad representa uno de los principales escollos para el entendimiento de la función de la justicia con referencia a ley en el sentido amplio de la totalidad del ordenamiento. Mas no olvidemos que, pretenda lo que quiera su Ley Orgánica, la Constitución no es lo que predica o interpreta el Tribunal Constitucional, sino lo que dice ella misma.

Es cuestión, en fin, de la imperiosa necesidad de un giro en la misma concepción del derecho, esto es, en la propia cultura jurídica, para guardarse consecuencia con la Constitución. En suma, concluyamos. No se fortalece la ley por predicarse su imperio. No se refuerza la Constitución por arrojarse con ley. Hablo con esto de leyes de

Estado, no de ley internacional, digámosle también. Menos se vigoriza la Constitución si se contrapone al derecho de derechos del orden supraestatal o si se hace por mantener éste a distancia. No se lucha contra la corrupción si se desconfía de un ordenamiento que, como el internacional, no resulta fácilmente sujeta a controles de ley, justicia o gobierno de Estado. En España, la reforma del Código Penal de 2010 y el Informe belga-lituano consiguiente en nombre de Naciones Unidas brindan un buen ejemplo. Con el Caso Gürtel, las evidencias de responsabilidades penales de un partido de gobierno y el comportamiento ante las mismas de signo un tanto prevaricador por parte de la justicia de Estado ofrecen ulterior ilustración. La historia continuará.

Directorio anticorrupción: varias normas, un sitio, un informe, una sentencia y una comparación.

- OCDE: <https://www.boe.es/boe/dias/2002/02/22/pdfs/A07155-07159.pdf>.
- Consejo de Europa: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/07/28/pdfs/BOE-A-2010-12135.pdf>.
- Unión Europea: <https://www.boe.es/doue/2003/192/L00054-00056.pdf>.
- Unión Africana: <https://au.int/en/treaties/african-union-convention-preventing-and-combating-corruption>.
- Naciones Unidas: <https://www.boe.es/boe/dias/2006/07/19/pdfs/A27132-27153.pdf>.
- Código Penal: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>.
- Sitio de control: <http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/index.html?ref=menuside>.
- Examen España: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2013_06_28_Spain_Final_Country_Report.pdf.
- Sentencia Gürtel I: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2018/05/24/sentencia_gurtel.pdf.
- Perú-España: <http://www.bartolomeclavero.net/?s=corrupción>.