

LAS VÍCTIMAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN (PANORAMA DESDE LAS PERSPECTIVAS ALEMANA Y ESPAÑOLA)*

Andrea Planchadell Gargallo
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universitat Jaume I

Resumen: La finalidad de estas páginas es el análisis de las posibilidades que tiene el ciudadano, víctima general de la corrupción, para perseguir procesalmente estas actuaciones. Para ello, se analizan en una primera parte los tipos más representativos de lo que penalmente se considera corrupción, tanto en el ámbito público como en el privado.

Recibido: julio 2015. Aceptado: febrero 2016

* Este artículo es el resultado de una estancia de investigación subvencionada por la Generalitat Valenciana (Becas para estancias de personal investigador doctor fuera de la Comunidad Valenciana (BEST2014/60) en la Universidad de Freiburg, bajo la dirección del Prof. Dr. D. Walter Perron y el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg. Igualmente, la publicación se abscribe a los siguientes proyectos de investigación subvencionados “Víctima del delito y derechos fundamentales. Cómo mejorar su posición jurídica en España y en la Unión Europea” (Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2012-34165, con ayuda complementaria de la Generalitat Valenciana, ACOMP/2015/109) y “La situación de la víctima de delitos cometidos por la criminalidad organizada, con consideración particular de su situación en la lucha legal contra la corrupción” (Universitat Jaume I, P1. 1B2014-46).

En una segunda parte se estudian las posibilidades de actuación de la víctima frente a estas figuras. Y ello, tanto analizando el derecho español como el alemán.

Palabras clave: Corrupción; corrupción pública; corrupción privada; víctima; víctima colectiva; acusación.

Abstract: The purpose of these pages is to analyze the possibilities for citizens, general victims of corruption, to pursue these actions before criminal courts. In order to achieve it, the first part discusses the most representative acts which could be qualified as corruption crimes, both the public and the private corruption. In the second part it is to study the possibilities for action by the victim against these figures. This, analyzing both the Spanish and German law.

Keywords: Corruption; public corruption; private corruption; victim; collective victim; accusation.

Sumario: I. Introducción. II. La regulación de la corrupción en el Código penal alemán. A) Corrupción pública. B) Corrupción política en sentido estricto. C) Corrupción privada o en el ámbito privado. III. La regulación de la corrupción en el Código penal español. A) Corrupción en el ámbito público. B) Corrupción política. C) Corrupción en el ámbito privado. IV. ¿La zanjada discusión sobre la posición de la víctima en el proceso penal?. V. La posición de la víctima en el Derecho alemán. A) la solicitud penal (querrela), procedente en ciertos delitos como condición de procedibilidad (*Strafantragsrecht* § 158 StPO). B) El procedimiento para forzar la acusación (*Klageerzwingungsverfahren*, § 172 StPO). C) La acción accesoría (*Nebenklage*, §§ 395 a 402 StPO). D) La acción privada (*Privatklage*, §§ 374 a 394 StPO). E) El proceso civil acumulado (*Adhäsionsverfahren* §§ 403 a 406e StPO). F) Otros derechos de la víctima (§§ 406d a 406h StPO). VI. La posición de la víctima en el Derecho español. VII. Víctimas y corrupción. A) ¿Delitos sin víctima?. B) Qué puede hacer la víctima?

I. Introducción

En los últimos tiempos no hay día que no encontremos en las noticias españolas referencias a la corrupción en nuestro país, lo que pone de manifiesto que esta lacra social, de la que

ningún país es ajeno¹, se ha convertido en uno de los problemas más acuciantes de la sociedad española hasta el punto de que es en gran parte generadora del cambio político vivido en España. Ahora bien, ni mucho menos estamos ante un fenómeno propio de los tiempos en que vivimos; de hecho Kerner ha afirmado que estamos ante el “segundo oficio más viejo del mundo”².

Desde esta perspectiva, la corrupción no es únicamente un problema jurídico, sino también social contra el que, como ocurre con otros ámbitos (por ejemplo, la violencia de género), se puede luchar desde distintos frentes³. Ello no obstante, es evidente que jurídicamente algo se debe hacer para prevenirla y atajarla y que el derecho penal puede ser uno de los instrumentos más efectivos para ello⁴.

-
- 1 Así afirma MONSAU, D., *Vereinte Nationen und Korruptionsbekämpfung*, Ed. Peter Lang, Frankfurt 2009, p. 1, que lo que podría parecer un problema típico de países en vías de desarrollo, a partir de escándalos en la década de los 90 principalmente (Enron, Global Crossing, Worldcom, Siemens, etc) permite tomar conciencia de que es un problema internacional y global y, por tanto, desde esta perspectiva debe afrontarse; HUBER, B., *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*, Revista Penal 2003, p. 43.
 - 2 KERNER, H., *Ist Korruption ein Strafrechtproblem?ur Tauglichkeit strafgesetzlicher Vorschriften gegen die Korruption*, GA 1996, p. 355 y ss; v., también BRIOSCHI, C.A., *Breve historia de la corrupción (De la antigüedad a nuestros días)*, Ed. Taurus, Madrid 2004; STURMINGER, A., *Die Korruption in der Weltgeschichte*, Ed. Müller, München 1982.
 - 3 De hecho, VOLK, K., *Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihre Bekämpfung*, Festschrift für Heinz, Ed. Müller, Heidelberg 1999, p. 424 y 425 se pregunta si contra la corrupción debe lucharse desde todos los ámbitos, dado que “está en todas partes”; ÜBERHOFEN, M., *Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich (Ein Rechtsvergleich- und Reformsüberlegungen zum deutschen Recht)*, Iuscrim, Freiburg 1999, p. 12 y ss.
 - 4 DÖLLING, D., *Gutachten zum 61. Deutschen Juristentag Karlsruhe 1996*, Band I, Ed. Beck, München 1996, p. C42, sin olvidar nunca la condición de *ultima ratio* que está llamado a jugar. V., también, SCHAEFER, en *Gutachten zum 61. Deutschen Juristentag Karlsruhe 1996 (Sitzungsberichte)*, Band II-1, Ed. Beck, München 1996, p. L18.

El gran problema del derecho penal en la lucha contra la corrupción, reconociendo que su intervención es necesaria, es la determinación de la frontera entre qué comportamientos son exigibles y deseables socialmente y cuáles no. En definitiva, se trata de impedir cualquier manipulación de la voluntad pública o privada⁵ por razones económicas o, más correctamente, de obtención de ventajas⁶.

Siendo estos los problemas desde la perspectiva sustantiva, procesalmente la persecución de los delitos de corrupción presenta no pocas dificultades. Una de ellas, objeto de estas páginas, es la referida a quién puede ser considerado afectado o perjudicado en estos delitos y, por tanto, legitimado para la incoación de un proceso penal para la persecución de estos hechos. Para abordar esta cuestión, hemos dividido el trabajo en dos grandes partes: La primera de ellas, la dedicamos al análisis descriptivo de los tipos penales contemplados en los Códigos penales alemán y español como delitos de corrupción, con especial incidencia en el bien jurídico protegido en ellos, elemento que permite conectar con la segunda parte del trabajo. Esta segunda parte, más breve en su extensión pero más concluyente,

Precisamente por lo dicho hasta aquí, nos parece muy acertada la consideración de CONTRERAS ALFARO, L.H., *Corrupción y principio de oportunidad penal (Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional)*, Ed. Ratio Legis, Salamanca 2005, p. 8, cuando afirma que “La corrupción ha existido siempre a través de la historia, en prácticamente toda forma de organización política, por ellos debemos partir de la base de que <erradicarla> no parece un objetivo realista. A lo sumo, podemos aspirar a garantizar la protección de la sociedad frente a las conductas más graves a través del *ius puniendi* estatal, en cuanto medio o instrumento de control social”.

- 5 Tomamos prestada la expresión de NIETO MARTIN, A., *La privatización de la lucha contra la corrupción*, Cahiers de défense Sociale, 2012-2013, p. 60, cuando afirma que la corrupción en el ámbito privado dejó ya de ser una “excentricidad del legislador”, buscándose también la forma más adecuada de la tipificación de ciertas conductas, consideradas como representativas de este tipo de corrupción, pues la corrupción está pasando a ser “cosa de dos”.
- 6 BOTTGER en BOTTGER (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis*, ZAP, Münster 2011, p. 309.

estudia la posición de la víctima en el proceso penal alemán y español para terminar centrándonos, a modo de conclusión, en qué podría hacer procesalmente el ciudadano como víctima de estos delitos.

II. La regulación de la corrupción en el Código penal alemán

El Código Penal alemán (StGB) no regula un tipo específico, concreto y único, de corrupción, sino que se recogen a lo largo del texto legal una serie de conductas que se considera manifestación de fenómenos de corrupción. Esto tiene una consecuencia evidente, ya que no podemos acudir al Código Penal para encontrar una definición de corrupción⁷.

7 V., SPRAFKE, J., *Korruption, Strafrecht und Compliance (Untersuchungen und Reformvorschläge zu § 299 StGB)*, Ed. Logos, Berlin 2010, p. 3; BANNENBERG, B., en WABNITZ/JANOVSKY, *Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts*, (4ª ed.), Ed. Beck, München 2014, p. 702; DÖLLING, *Handbuch der Korruptionsprävention für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*, Ed. Beck, München 2007, p. 2; GREEVE, G., *Korruptionsdelikte in der Praxis*, Beck, München 2005, p. 1; VON ARMIN, H.H., *Korruption (Netzwerk im Politik, Ämtern und Wirtschaft)*, Ed. Knauer, München 2003, p.17 y ss; WALTHER, F., *Das Korruptionsstrafrecht des StGB*, Jura 2010, p. 511; AHLF, E.H., *Zum Korruptionsbegriff*, Kriminalistik 1996, p. 154; GRAEFF/GRIEGER (Hrsg), *Was ist Korruption? Begriffe, Grundlagen und Perspektiven gesellschaftswissenschaftlicher Korruptionsforschung*, Ed. Nomos, Baden-Baden 2012, p. 31 y ss; SÁNCHEZ BERNAL, J., *La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal*, CT 2010, p. 208; DEMETRIO CRESPO, E., *Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública*, en AAVV, “Fraude y corrupción en la Administración Pública”, (vol. I), Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2002, p. 176 y ss.

ANDROULAKIS, I.N., *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung. Eine Untersuchung zur Entstehung, zum Inhalt und zu den Auswirkungen des interantionalen Korruptionsstrafrechts unter Berücksichtigung der sozialökonomischen Hintergründe*, Ed. Nomos, Baden Baden 2007, p. 32, quien comienza su trabajo afirmando que pocos conceptos jurídico-penales relevantes se encuentran tan cargados de matices morales y religiosos y emocionales como el de la corrupción.

El Código Penal alemán afronta la corrupción desde distintas perspectivas, que principalmente pueden dividirse en dos grandes bloques⁸: La corrupción pública y la corrupción privada⁹, a la que debe añadirse la corrupción política. El derecho penal alemán, por tanto, comprende la corrupción fragmentariamente, ya que junto con la clásica corrupción cometida por los funcionarios públicos, regula en diferentes parágrafos otras formas de corrupción, claramente de carácter privado o particular, es decir, cometidas por sujeto que no es titular de una función pública, en parte consecuencia de la privatización de los deberes públicos.

Independientemente de la regulación de cada uno de los tipos englobados en las distintas secciones del StGB y sus particularidades, en las que por las limitaciones propias de este texto no podemos entrar, en todos ellos concurren unas notas, que podemos entender que son las realmente definitorias del delito o delitos de corrupción¹⁰:

- 8 KUDLICH/OĞLAKCIOĞLU, *Wirtschaftsstrafrecht*, (2ª ed), Ed. Müller, Heidelberg 2014, p. 184, con un cuadro muy clarificador. V., sistemáticamente, BOTTGER en BOTTGER (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis*, cit., p. 317 y ss; ESER/ÜBERHOFEN/HUBER, *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*, Max-Planck-Institut, Freiburg 1997, passim.
- 9 El caso Siemens puso de manifiesto que la corrupción en el sector privado es también un problema en Alemania. V., BANNENBERG, B., en WABNITZ/JANOVSKY, *Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts*, cit., p. 751 y ss. Desde la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, las conductas de corrupción en el sector privado responden prácticamente a la concesión de ventajas indebidas a empleados o directivos de una empresa en el marco de su actividad profesional, para que incumpla sus obligaciones. V., sobre los modelos para punir las conductas de corrupción privada, VOGEL, J., *Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht*, en Festschrift für Weber, Ed. Gieseking, Bielefeld 2004, p. 400 y ss; NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)*, Revista Penal 2002, p. 56 y ss; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Corrupción en el sector privado: ¿Competencia desleal y/o administración desleal?*, Icade 2008, núm. 74, p. 228 y ss.
- 10 Siguiendo lo establecido en el *Bundeskriminalamt "Lagebild Korruption"*, v, DÖLLING, en DÖLLING, *Handbuch der Korruptionsprävention für*

1ª) Abuso de una función en el ámbito público, económico o de un mandato político. Así, nos encontramos con la realización de una conducta o toma de una decisión por el funcionario en ejercicio de su función¹¹, que en el fondo supone un abuso de poder o un mal uso de las funciones que tiene atribuidas; del particular en el ámbito económico en que actúa o del político en igual sentido. La conducta puede ser aceptar la obtención de la ventaja, dejarse prometer que se obtendrá o exigirla.

2ª) A petición de tercera persona o a iniciativa propia. En este sentido, subyace un acuerdo para cometer una actuación contraria a la norma y al ejercicio de sus funciones (*Unrechtsvereinbarung*), plasmado en un intercambio de prestaciones.

3ª) Obtención de un beneficio para sí o para un tercero. El beneficio o ventaja puede ser material o inmaterial, siendo lo importante que conlleve una mejora en la posición económica, personal o jurídica de quien la recibe, y ello independientemente de su valor económico¹².

Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung, cit., p. 2; GREEVE, G., *Korruptionsdelikte in der Praxis*, cit., p. 2; VOLK, K., *Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihre Bekämpfung*, Festschrift für Heinz, Ed. Müller, Heidelberg 1999, p. 421 y ss; GEISLER, N., *Korruptionstrafrecht und Beteiligungslehre*, Duncker & Humboldt, Berlin 2013, p. 50 y ss; MÖHRENSCHLAGER, M., en DÖLLING, *Handbuch der Korruptionsprävention für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*, cit., p. 404; SCHAEFER, en *Gu 61. Deutschen Juristentag Karlsruhe 1996 (Sitzungsberichte)*, Band II-1, cit., p. L38; AHLF, E.H., *Zum Korruptionsbegriff*, *Kriminalistik* 1996, p. 154 y ss.

11 Es suficiente con que esta actuación se produzca en el marco del desarrollo normal de sus funciones, sin concretarlo en una actuación concreta que forme parte de su competencia.

12 El parámetro para calibrar la entidad de la ventaja va a ser “la adecuación social” (*sozialadäquanzt*), clara manifestación del componente sociológico que tiene la corrupción. V., GREEVE, G., *Korruptionsdelikte in der Praxis*, p. 102 y ss, quien considera que la jurisprudencia está llamada a cumplir una labor fundamental en la delimitación del tipo; SOMMER, U., *Korruptionsstrafrecht*, ZAP, Münster 2010, p. 5. Fundamentales son al respecto las conclusiones del 61. Deutschen Juristentag de 1996, v., DÖLLING, D., *Gutachten zum 61. Deutschen Juristentag Karlsruhe 1996*, Ed. Beck, München 1996, p. C8; KNAUER/KASPAR, *Restriktives Normverständnis*

4^a) Provocando una “expectativa o posibilidad” de causar un daño o desventaja a la colectividad (en el supuesto del abuso en la función pública o política) o para un empresario (en la económica).

En definitiva, es común a todas ellas un abuso de poder para conseguir una ventaja “ilegal”¹³. En la esencia de la corrupción encontramos una persona, que tiene que cumplir una función u obligación o garantizar su cumplimiento, quien a través de una acción u omisión en sus deberes obtiene una ventaja indebida.

Si bien en Alemania la corrupción hoy no se concibe como un problema que exija especiales medidas, sí que ha merecido y sigue mereciendo la atención del legislador. El gran cambio legal se produce en el año 1984 con la *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* (EGStGB), seguido de las modificaciones al Código Penal de los años 1979 y 1980, culminando con la Ley para la lucha contra la corrupción de 13 de agosto de 1997 (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*).

nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz, GA 2005, p. 390 y ss; BOCH, D., *Einführung in die Korruptionsdelikte bei Amtsträgern*, JA 2008, p. 201; KOEPEL, A.K., *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB): Eine Fallanalyse zur Ermittlung von Anwendungsbereich und Grenzen der Norm*, Ed. V&R Press, Göttingen 2006, p. 123 y ss; JAQUES, H., *Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu § 12 UWG*, Ed. Peter Lang, Frankfurt 1996, p. 131 y ss.

Es evidente que dicha adecuación social además va a depender de la coyuntura de cada sociedad y del momento en que nos encontremos, v., ANDROULAKIS, I.N., *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung...*, cit., p. 51 y 52. A nadie se le escapa que en España, por ejemplo, la tolerancia y aceptación social en este sentido “ha bajado mucho el listón” y que no aceptaría ahora comportamientos que hace 10 años sí habría aceptado como “adecuados” o “normales”.

- 13 KERNER/RIXEN, *Ist korruption ein Srafrecht problem?*, GA 1996, p. 359; MEYER, O., *Korruption aus privatrechtlicher Perspektive*, en GRAEFF/GRIEGER (Hrsg), “Was ist Korruption?...”, cit., p. 71.

A) Corrupción pública

La corrupción en el ámbito público se regula en los §§ 331 a 336 StGB bajo el título de “Delitos cometidos por los funcionarios públicos”. Estos tipos sufren una reforma importante en el año 1997 con la aprobación de la Ley para la lucha contra la corrupción (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*). Pese a su denominación, este capítulo no agota el conjunto de delitos que pueden cometerse por un funcionario (piénsese, por ejemplo, en los tipos previstos en los §§ 120, 3; 133, 3, etc), y al mismo tiempo, encontramos en el normas referidas a sujetos distintos al funcionario, como abogados. Pese a lo dicho en la introducción y en los apartados siguientes, la corrupción en el ámbito público sigue siendo considerado el “núcleo central” de los delitos de corrupción¹⁴.

Bajo la denominación genérica de *Bestechungsdelikte* (delitos de soborno o corrupción) se regulan una serie de conductas caracterizadas en primer lugar por su naturaleza de delitos especiales en tanto que el sujeto activo, posible autor del hecho delictivo sólo puede ser un funcionario entendiéndose por tal, según el § 11, I, números 2 a 4 StGB “sujeto que tiene con el Estado formalmente una relación funcional a través de la entrega de un documento de nombramiento”, regulándose en el número 3 tal condición para los jueces.

En segundo lugar, las conductas que en ellos se tipifican se presentan como un espejo, pues estamos ante unos tipos penales en que se reconoce tanto la forma activa como pasiva de “corrupción”, esto es, quien recibe el favor y quien lo ofrece.

Repasemos muy brevemente los tipos más característicos¹⁵:

14 GREEVE, G., *Korruptionsdelikte in der Praxis*, cit., p. 16; BOCH, D., *Einführung in die Korruptionsdelikte bei Amsträgern*, JA 2008, p. 199.

15 KINDHÄUSER, U., *Strafrecht. Besonderer Teil I*, (6ª ed), Ed. Nomos, Baden-Baden 2014, p.440 y ss; JAUQUES, H., *Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu § 12 UWG*, Ed. Peter Lang, Frankfurt 1996, p. 36 y ss.

1. Aceptación de prebendas, § 331 StGB (*Vorteilsannahmen*): En este apartado se refiere al funcionario o a sujeto obligado especialmente al servicio público (§ 11, Abs. 1, Nr 2) que exija, que se deje prometer o acepte una ventaja para sí o para un tercero¹⁶. Incluye como autores del tipo también a los jueces y a los árbitros. El punto de partida es claro, la ventaja permite influir la toma de decisiones por un sujeto que debería actuar ajeno a cualquier tipo de influencia más allá del cumplimiento correcto de sus funciones.

2. Soborno, § 332 StGB (*Bestechlichkeit*): Se castiga al funcionario o al especialmente obligado al servicio público que exija, que se deje prometer o que acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación por haber realizado una actuación de oficio o por realizarla en el futuro, afectando el correcto cumplimiento de sus obligaciones profesionales. La diferencia entre este párrafo y el anterior es la referencia a la lesión de sus obligaciones concretas, de ahí que se considere un tipo cualificado del § 331 StGB

3. Concesión de ventajas, § 333 StGB (*Voreilsgewährung*): A modo de “reflejo” respecto a la conducta tipificada en el § 331 StGB se centra en quien ofrezca, prometa o conceda como contraprestación a un funcionario o asimilado (incluidos soldados) una ventaja para él o para un tercero por realizar una actuación profesional que dependa de su criterio.

4. Soborno, § 334 StGB (*Bestechung*): La conducta punible se refiere a ofrecer, prometer o conceder como contraprestación a un funcionario o asimilado una ventaja por haber realizado una actuación o por realizarla en el futuro faltando a sus deberes profesionales.

5. El párrafo § 335 StGB regula los casos especialmente graves de estas conductas atendiendo al valor económico de

16 Según el Nr. 3 de este párrafo, el hecho no será punible cuando el autor se deje prometer o acepte una ventaja no exigida por él, y la autoridad competente, en el marco de sus competencias haya permitido previamente la aceptación, o el autor presente una denuncia que sea admitida.

la ventaja (cuando supera los 10.000 Euros), cuando los beneficios a obtener puedan ser considerados “continuos” o cuando se actúa como miembro de una banda, que implique la comisión continuada de tales actos.

El bien jurídico protegido en este catálogo de delitos, si bien no es ajeno a disquisiciones doctrinales, se considera que es la confianza de la sociedad o la ciudadanía en la integridad e incorruptibilidad de los titulares de la función pública, incluida la jurisdiccional, y de quienes actúan en representación del Estado. Con ello, se garantiza, en beneficio de todos, la objetividad de la actuación pública y de los “representantes de lo público”; estamos, pues, ante un bien jurídico complejo¹⁷.

B) Corrupción política en sentido estricto

Dentro de la corrupción política se regulan en los §§ 108a a 108e una serie de actuaciones que van desde la corrupción en el ámbito electoral (§ 108a StGB) al soborno a los parlamentarios o a la compra de votos (§ 108e StGB). Esta modalidad de corrupción no merece especial atención por el legislador:

1. El § 108a regula la estafa electoral (*Wählerstauschung*).
2. El § 108b castiga el soborno electoral (*Wählerbestechung*), es decir, a quien ofrezca, prometa o garantice regalos

17 SATGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, *StGB Strafgesetzbuch Kommentar*, 2ª ed., Ed. Carl Heymann, Köln 2014, p. 2292; *Münchener Kommentar zur Strafgesetzbuch*, Band 5, 2ª ed., Ed. Beck, München 2014, p. 2172 y 2173; JESCHECK, H.H., *Leipziger Kommentar StGB*, Ed. De Gruyter, Berlin 2006, p. 478; HEINE, E., en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuchkommentar*, (29ª ed.), Ed. Beck, München 2014, p. 3095; BOTTGER en BOTTGER (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis*, cit., p. 338 y ss; DANNECKER, G., en DANNECKER/LEITNER, (Hrsg), *Handbuch Korruption*, Ed. Linde, Wien 2012, p. 164 y 165; JAQUES, H., *Die Bestechungstatbestände ...*, cit., p. 36 y ss; SCHWODA, C., *Leipziger Kommentar StGB*, Ed. De Gruyter, Berlin 2009, p. 8 y ss, considera que la falta de unanimidad para concretar de forma clara cuál es el bien jurídico protegido deriva de la falta de claridad de los preceptos legales.

u otras ventajas a quien no vote o lo haga en un determinado sentido.

3. El § 108e tipifica el soborno de diputados o parlamentarios nacionales o europeos (*Abgeordnetenbestechung*).

El bien jurídico protegido en este tipo de delitos, nuevamente caracterizado por su complejidad, es el abuso o mal uso de un mandato político, la integridad del proceso en la toma de decisiones parlamentarias y el correcto funcionamiento del sistema representativo, la independencia y libertad del ejercicio de un mandato político y la confianza de la sociedad en tales valores¹⁸. En el fondo se está protegiendo la legitimidad de la democracia parlamentaria y del propio Estado, en tanto que democrático y de Derecho.

C) Corrupción privada o en el ámbito privado

La corrupción en el ámbito privado comprende un conjunto de actuaciones que se considera que afectan al normal desarrollo económico de una sociedad y los intereses económicos de la misma. Se trata de un variado conjunto de conductas típicas que dificultan establecer, al contrario de lo que hemos hecho en el caso de la corrupción pública, unos elementos comunes. Los tipos que se consideran representativos de esta corrupción son:

1. Infidelidad, § 266 StGB (*Untreue*): Este parágrafo castiga la conducta de quien abuse de un encargo administrativo o de las facultades concedidas por la ley para llevar a cabo un negocio jurídico, disponer u obligar a otro sobre un patrimonio ajeno así como a quien quebrante un encargo administrativo, un negocio jurídico o un compromiso que le obliga en virtud de una relación de fidelidad para velar intereses ajenos, causando un perjuicio a aquél por cuyos intereses patrimoniales deba velar.

18 MÖHRENSCHALAGER, M., en DÖLLING, *Handbuch der Korruptionsprävention für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*, cit., p. 424.

Estamos ante un delito que originariamente nace “separado” o al margen de las actuaciones de corrupción, si bien cuando se comete en provecho propio tiene un claro componente que lo aproxima al soborno y lo conecta con él. Esta “manejabilidad” permite que se haya generalizado su uso como otro más de los tipos de corrupción privada. De hecho, la utilización de este tipo como una forma de corrupción ha sido objeto de una importante polémica en la práctica y en la doctrina, en la que no podemos entrar. Ante la alarma social levantada por casos como el de Siemens y las cajas negras se ha visto en esta figura un instrumento “polivalente” en la lucha contra la criminalidad económica, ya que la indeterminación de la conducta descrita en el tipo penal permite que pueda aplicarse prácticamente a cualquier acto de “deslealtad” o “infidelidad” en dicho ámbito¹⁹.

En este tipo de delito se identifica como bien jurídico protegido el patrimonio confiado a un extraño, quien “quiebra” la confianza en él depositada²⁰.

2. Acuerdos limitativos de la libre competencia en el mercado, § 298 StGB (*Wettbewerbsbeschränkende Absprache*)²¹: Se castiga a quien realice una oferta en una licitación de bienes o servicios comerciales, basándose en un acuerdo ilegal, teniendo

19 BOTTGER en BOTTGER (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis*, ZAP, Münster 2011, p. 114, constata la existencia de una “hipertrófica” utilización del mismo, como si fuera prácticamente una norma en blanco. V., también, PERRON, W., *Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes*, GA 2009, p. 222; ARZT, G., *Siemens: Von teuersten zum lukrativsten Kriminallfall der deutschen Geschichte*, Festschrift für Stöckel, Ed. Duncker & Humboldt, Berlin 2010, p. 22; BERNSMANN, K., *Untreue und Korruption – der BGH*, GA 2009, p. 296 y ss; SALIGER/GAEDE, *Rückwirkender Ächtung der Auslandskorruption und Untreue als Korruptionsdelikt – Der Fall Siemens als Startschuss in ein entgrenztes internationalisiertes Wirtschaftsstrafrecht?*, HRRS 2008, p. 57 y ss.

20 PERRON, W., en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuchkommentar*, (29ª ed.), Ed. Beck, München 2014, p. 2624; SCHÜNEMANN, B., *Leipziger Kommentar StGB*, cit., p. 35.

21 Tipo que pasa de las leyes accesorias, concretamente la reguladora de la competencia § 12 UWG, al Código Penal ya en el año 1997.

como objetivo animar a los organizadores a aceptar una oferta concreta.

En este caso, el bien jurídico protegido es la libre competencia en el mercado²², protegiéndose únicamente de forma indirecta al “cliente” o al particular que quiere concurrir al mercado en ciertas condiciones. Se trata, pues, de un bien supraindividual que, como afirma TIEDEMANN²³ no puede considerarse como una “mera suma” de intereses individuales, sino que tienen su propia sustantividad²⁴. No obstante, en estos delitos también se considera que se produce una afectación al competidor o competidores individuales que ven frustradas sus expectativas de participar en el mercado en ciertas condiciones, al igual que el consumidor que accede a dicho mercado²⁵.

3. Soborno activo y pasivo en el tráfico mercantil, § 299 y ss StGB (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*): Se castiga a quien, como empleado, agente o representante de una empresa exija, se deje prometer o acepte para sí o para un tercero una ventaja para favorecer a otro en la adquisición de bienes o servicios comerciales que, como consecuencia de tal conducta, compiten injustamente en el mercado²⁶. Lo

22 La evidente afección al mercado y su normal funcionamiento como bien ofendido se resalta también por la FCPA y la OCDE.

23 TIEDEMANN, K., *Leipziger Kommentar StGB*, cit., p. 266.

24 Como indica WOHLERS, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts- zur Dogmatik, moderner Gefährungsdelikte*, Duncker & Humboldt, Berlin 2000, p. 213 y ss, el derecho penal moderno no sólo protege al individuo en cuanto a titular de bienes concretos, sino también como integrante de una sociedad, que también le hace tener “otros intereses”, por ejemplo, en el correcto funcionamiento del sistema y estructuras económicas. V., también, ANASTASOPOULOU, I., *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, Ed. Beck, München 2005, p. 27 y ss.

25 BGH 1983, 31, 207, wistra 1983, p. 118; DIESELHORST, J., *Der “unmittelbar Verletzte” im Wettbewerbsrecht nach der UWG-Novelle*, WRP 1995, p. 1 y ss; MEYER, O., *Korruption aus privatrechtlicher Perspektive*, en GRAEFF/GRIEGER (Hrsg), “Was ist Korruption?..”, cit., p. 74 a 76; ACHENBACH, M., *Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs?*, Ed. Peter Lang, Frankfurt 2009, p. 72.

26 El § 300 contempla los casos especialmente graves de estas conductas en el mismo sentido que hemos indicado en el caso del soborno a funcionarios,

mismo es aplicable a quien ofrezca la ventaja a dicho empleado o representante. En ambos casos se castiga la conducta tanto en el mercado nacional como internacional.

El bien jurídico protegido se caracteriza, nuevamente, por su complejidad: De manera inmediata se tutela la justa, adecuada y limpia libre competencia en el mercado, pero junto con este bien, se protege también a los competidores (tanto sus intereses patrimoniales como su posibilidad de participar en condiciones de igualdad en el mercado). A ello se añade también el interés del empresario y, por último, de los consumidores finales de los productos que acceden a un “mercado de precios adulterado”²⁷.

4. Otras conductas que podemos incluir, aunque de menor trascendencia, se refieren a la revelación de secretos en ámbito privado (§§ 203 y 204 StGB) o en el ámbito de los negocios (§ 17 UWG).

Todos estos tipos están vinculados estrechamente a los delitos socioeconómicos. No podemos entrar en estas páginas a analizar estos delitos y sus características, pero sí debemos destacar, por su repercusión en nuestro ámbito de estudio, que estos delitos se han calificado como “delitos sin víctima”, en tanto que se considera que el bien jurídico protegido por la norma no tiene una titularidad individual, sino colectiva o supraindividual. Como indica TIEDEMANN afectan o suponen un mal uso de la confianza que se exige en “todo tráfico económico”; confianza que no tiene carácter individual, en el sentido de afectar a quien participa a título particular en dicho tráfico, sino institucional²⁸.

esto es, atendiendo a la magnitud de la ventaja ofrecida y en caso de pertenencia a una banda organizada, que implica la actuación continuada en este sentido.

27 KOEPEL, A.K., *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr* ..., cit., p. 63 y ss.

28 TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrarecht (Einführung und allgemeiner Teil)*, 4ª ed. Ed. Vahlen, München 2014, p. 24 y ss. En el mismo sentido WIT-TIG, P., *Wirtschaftsstrafrecht*, (3ª ed), Ed. Beck, München 2014, p. 11 y 12; HEINZ, W., en KAISER/KERNER/SACK/SHELLHOSS, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, (3ª ed), Ed. Müller, Heidelberg 1993, p. 589 y ss.

PRAGAL afirma que la víctima del delito se ve afectada de una manera más sutil e indirecta, no siendo a veces ni conscientes de que ha sido víctima de un delito²⁹.

El hecho de que en este tipo de delitos no pueda identificarse una víctima individual va a determinar uno de los grandes problemas procesales de la persecución de estas figuras delictivas, pues no vamos a encontrar “un ofendido individualmente” interesado en poner en conocimiento de las autoridades el hecho delictivo. Esto conlleva la existencia de un “campo oscuro”³⁰ que debe ser “compensado” con medidas legales concretas; se hace así referencia a los “delitos de control”, en tanto se descubrirán efectivamente si se lleva a cabo algún tipo de “control”, normalmente a nivel interno³¹.

Igualmente, se habla de “*Distanzdelikte*”, en tanto que no hay un contacto inmediato entre el autor y la víctima, LINDEMANN, M., *Strukturelle Probleme der Strafrechtlichen Aufarbeitung von Wirtschaftskriminalität*, Kriminalistik 2005, p. 507, utiliza la terminología de “*flüchtige Opfereigenschaft*” con esa misma idea de “distancia” entre autor y víctima; HASSEMER/REEMTSMA, *Verbrechenopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, cit., p. 97, hablan de “*Opferloses Strafrecht*”; HASSEMER, W., *Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts*, ZRP 1992, p. 281, que también utiliza la expresión *Opferdünnte*. O de víctima desconocida (*victimless crimes*, en terminología propia de la criminología) la califica TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht (Einführung und allgemeiner Teil)*, cit., p. 123. VOLK, K., (Hrsg.), *Münchener Anwalts Handbuch. Verteidigung in Wirtschafts- und Strafsachen*, Ed. Beck, München 2006, p. 15, se refiere a la “evaporación de la condición de víctima” “*Verflüchtigung der Opfereigenschaft*”; BACKES/LINDEMANN, *Staatliche organisierte Anonymität als Ermittlungsmethode bei Korruptions- und Wirtschaftsdelikten*, Ed. Müller, Heidelberg 2006, p. 3, quien afirma que dicha condición neutraliza precisamente la posibilidad de una efectiva persecución penal. V., también, BRANNENBERG, B., *Korruption in Deutschland und ihre Strafrechtliche Kontrolle*, Kriminalistik 2005, p. 427.

29 PRAGAL, O., *Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB (Erscheinungsformen, Rechtsgut, Tatbestandsauslegung und ein Reformvorschlag)*, Ed. Carl Heymann, Köln 2006, p. 34.

30 DÖLLING, en DÖLLING, *Handbuch der Korruptionsprävention für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*, cit., p. 26.

31 Cobra así pleno sentido el *compliance, wistleblowing, insider* o similares v., RÖNNAU, T., en ACHENBACH/RANSIEK (Hrsg.), *Handbuch*

El Borrador de la *Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption*, de aprobarse, va a suponer un cambio de paradigma en el tratamiento de estos delitos y la lucha contra los mismos. Un elemento fundamental, claramente determinante de nuestro objeto de estudio, supone que de la protección colectiva de los intereses de la libre competencia, es decir en el ámbito privado, se pretende pasar a una protección individual³².

III. La regulación de la corrupción en el Código penal español

Como hemos indicado en la introducción, la corrupción es, en muchos casos, difícil de identificar. El concepto de corrupción ha sido acuñado por la criminología, que poco a poco se ha ido incorporando al Código Penal en ámbitos muy heterogéneos, con una importante modificación con la reforma del año 2015³³. Veamos, como hemos hecho para el caso Alemán, los tipos más representativos.

Wirtschaftsstrafrecht, (3ª ed.), Ed. Müller, Heidelberg 2012, p. 304; ZIMMERMANN, en MOMSEN/GRÜTZNER, *Wirtschaftsstrafrecht*, Ed. Beck, München 2013, p. 939; GREEVE, G., *Korruptionsdelikte in der Praxis*, cit., p. 327 y ss; BACHMANN/PRÜFER, *Korruptionspräventions und Corporate Governance*, ZRP 2005, p. 110; HAUSCHKA/GREEVE, *Compliance in der Korruptionsprävention – was müssen, was sollen, was können die Unternehmen tun?*, BB 2007, p. 165 y ss; BUCHERT, R., *Erfahrungen als Ombdusmann für Korruptionsbekämpfung*, Kriminalistik 2006, p. 665 y ss; WIMMER, R., *Internal Investigation (Siemens)*, en *“Strafverfolgung der Korruption 2012. Korruptionsbekämpfung und Unternehmensrecht. Die Internationalisierung der Strafverfolgung*, Transparency International, Bonn 2012, p. 27 y ss.

- 32 Se trata de la adopción del *Geschäftsherrenmodell* frente al *Wettbewerbsmodell* en la configuración del tipo del *Untreue* y del soborno entre particulares o ámbito privado, v., RÖNNAU/GOLOMBEK, *Die aufnahme des “Geschäftsherrenmodells” in den Tatbestand des § 299 – ein Systemsbruch im deutschen StGB*, ZRP 2007, p. 193 y ss, lo que supondrá una ampliación del ámbito de aplicación de la lucha contra la corrupción al ámbito empresarial en general.
- 33 La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (publicada en el BOE de 31 de marzo) pone uno de sus focos de atención, dada la situación

A) Corrupción en el ámbito público

Dentro de los delitos contra la Administración Pública (Título XIX del Código Penal arts. 404 y ss.) se regula los tipos que se consideran propios de la corrupción pública. El conjunto de conductas tipificadas en este título tiene como finalidad garantizar el correcto desempeño de la función pública³⁴, tipificándose actuaciones que persiguen la obtención de ganancias ilícitas atentando al principio de imparcialidad y objetividad que debe regir su conducta y causando un perjuicio económico a la Administración o a los administrados:

1. Prevaricación y otras ilegalidades (art. 404 CP): Se castiga a la autoridad o funcionario público (art. 24 CP) que, a sabiendas de su injusticia³⁵, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo con efecto ejecutivo³⁶. Se protege aquí el correcto ejercicio de la función pública conforme a parámetros constitucionales, concretamente “el debido respeto del

actual, en los delitos de corrupción. Así, se crea una nueva sección bajo el título de “Delitos contra la corrupción en el sector privado”, tipificando el pago de sobornos para obtener ventajas competitivas. En el ámbito público se incrementan las penas y se elevan los plazos de prescripción. Igualmente se eleva la prescripción a 15 años y se introduce el delito de financiación ilegal de los partidos políticos.

- 34 QUINTERO OLIVARES, G., en AAVV, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Aranzadi, Cizur-Menor 1996, p. 1770, pero siendo conscientes del papel de última ratio del derecho penal, de forma que “únicamente aquellos comportamientos más graves, atentatorios directamente al modelo constitucional de Administración, que no pueden ser adecuadamente resueltos por otras ramas del Ordenamiento jurídico”.
- 35 V., sobre el concepto de resolución arbitraria con detalle, IGLESIAS RIOS, M.A., *Comentarios al Código Penal*, (2ª ed), Ed. Lex Nova, Valladolid 2011, p. 1452 y ss; MIR PUIG, C., en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs), *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 889 y ss.
- 36 Dictada por funcionario público y sometida al Derecho administrativo, siempre que afecten a los derechos de los administrados y a la colectividad en general y requieran de un procedimiento formal en que el funcionario decida la aplicación del derecho acordado, limitando o denegando derechos subjetivos de quien sea parte en el mismo.

principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, como principio esencial al que debe someterse la actividad pública en un Estado social y democrático de Derecho”³⁷.

2. Cohecho (arts. 419 y ss CP): El art. 419 “encabeza el grupo de infracciones delictivas comúnmente denominadas de corrupción, que comprende, además de este delito, el de tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales y en general los abusos en el ejercicio de la función pública, enderezados a la obtención de un beneficio habitualmente económico”³⁸. Analicemos en primer lugar las conductas que se pueden calificar de cohecho³⁹ en sus diversas modalidades:

- a) El art. 419 CP, conceptualizado como cohecho propio, castiga a la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor

37 SS TS de 23 de noviembre de 1993 (RA 8714); 21 de febrero de 1994 (RA 1552); 24 de junio de 1994 (RA 5031) o 14 de julio de 1995 (RA 5435).

38 MORALES PRAT/RODRÍGUEZ PUERTA, en AAVV, *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1833, quienes pese a lo dicho ponen de manifiesto los “pocos elementos que emparentan las conductas comprendidas en el Capítulo..., que incluye en su seno un elenco de delitos de difícil armonización”; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

39 MIR PUIG, C., en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dir.), *Comentarios al Código Penal...*, cit., p. 916, afirma que “el bien jurídico específicamente protegido en todos los delitos de cohecho es el mismo: Un desempeño objetivo y no venal de la función pública, incompatible con la corrupción de sus funcionarios que se da cuando ejercitan sus funciones en atención a las recompensas solicitadas, entregadas y ofrecidas (S TS 2025/01, 29-10, dice que el bien jurídico es la probidad del funcionario público que le permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos)”; BLANCO CORDERO, I., *Comentarios al Código Penal*, (2ª ed), cit., p. 1578; DE ALFONSO LASO, D., *La corrupción pública a través del delito de cohecho. Doble perspectiva: La del particular y la del funcionario público*, QDL de 24 de octubre de 2010, p. 59 y ss. POZUELO PÉREZ, L., *Los delitos contra la Administración Pública*, en AAVV, “Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero)”, Ed. Thomson Reuters, Cizur-Menor 2011, p. 584 y ss.

o retribución de cualquier clase⁴⁰ o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar. La conducta típica abarca tanto solicitar la dádiva, favor o retribución⁴¹, como recibirla o aceptar la promesa de recibirla⁴². La actuación que afecte al ejercicio de su cargo debe ser manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, no bastando que sea una ilegalidad administrativa.

- b) El art. 420 CP (cohecho impropio) castiga a la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo. En este caso el funcionario o autoridad realiza una actuación propia de su cargo, conforme a la legalidad; pero con una desviación de poderes que el funcionario debía respetar⁴³.
- c) El art. 421 CP se refiere a los supuestos en que la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare

40 V., sobre la naturaleza de la dádiva o presente, MORALES PRATS/RODRIGUEZ PUERTA, en AAVV, *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1842 y ss, “prestaciones de carácter material valorables económicamente”; POZUELO PÉREZ, L., *Los delitos contra la Administración Pública*, en AAVV, “Estudios sobre las reformas del Código Penal...”, cit., p. 587 y ss.

41 No se requiere que entre el funcionario o el particular se alcance un acuerdo, sino que se manifieste dicha voluntad.

42 VALEIJE ALVAREZ, I., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p.1158.

43 POZUELO PÉREZ, L., *Los delitos contra la Administración Pública*, en AAVV, “Estudios sobre las reformas del Código Penal...”, cit., p. 592, se sanciona “la venalidad del funcionario por realizar su trabajo”; VALEIJE ALVAREZ, I., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p. 1155 y ss.

como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos⁴⁴.

- d)** El art. 422 CP castiga la admisión de dichas “ventajas” ofrecidas *en consideración a su cargo o función* (cohecho de facilitación o en consideración a su cargo o función)⁴⁵.

Lo dispuesto en estos artículos es también aplicable a jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o cualquier persona que participen en el ejercicio de la función pública (art. 423 CP).

- e)** El art. 424CP se centra en el particular que ofrece o promete la dádiva, castigándolo con las mismas penas previstas para el funcionario o autoridad (es el tipo reflejo). Se castiga así tanto al particular que ofrece la dádiva para que quien la recibe realice un acto contrario a sus deberes, en general, como a quien hace tal entrega atendiendo a la solicitud de dicho sujeto. En el número 3 se hace una referencia expresa a esta actuación en el marco de un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos.

El art. 426 exime de pena por delito de cohecho al particular que, habiendo accedido a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que deba investigarlo, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

- f)** El art. 427 CP prevé la aplicación de estos tipos cuando los hechos sean imputados o afecten a cualquier

44 Se tipifica así el cohecho pasivo subsiguiente, v., VALEIJE ALVAREZ, I., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p.1162.

45 VALEIJE ALVAREZ, I., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p.1163.

persona que ostente un cargo o empleo de distinto tipo (legislativo, administrativo o judicial) en un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

El bien jurídico protegido en todos estos delitos es el respeto al principio de imparcialidad y objetividad que debe presidir la actuación de la administración y quien la representa (art. 123. 1 CE)⁴⁶.

g) El art. 427bis CP establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por estos delitos.

3. El tráfico de influencias (arts. 428 y ss CP): Se incluyen en este Capítulo un conjunto de conductas que podemos resumir en⁴⁷: La utilización de la influencia por autoridad o funcionario público; la utilización de la influencia por un particular y el ofrecimiento de la influencia.

a) El art 428 castiga la conducta del funcionario público o autoridad que influye sobre otro funcionario o autoridad, prevaliéndose del ejercicio de las facultades

46 FERRÉ OLIVÉ, J.C., *Corrupción y delitos contra la Administración Pública*, en AAVV, "Fraude y corrupción en la Administración Pública", (vol. III), Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2002, p. 15 y ss. V., también, RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 75 y ss; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, cit., p. 89 y ss; VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Administración Pública: Estudio crítico del delito de cohecho*, Ed. Comares, Granada 2003, p. 201 y ss;

47 V., VALEIJE ALVAREZ, I., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p.1187 y ss. MORALES PRATS/RODRIGUEZ PUERTA, en AAVV, *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1877, consideran que en este capítulo encontramos tipos que si responden realmente al tráfico de influencias propiamente dicho (utilización de las influencias o relaciones que se tienen o afirma tener para obtener una ventaja), junto con otros más próximos al delito de cohecho descrito.

de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para obtener una resolución que le reporta un beneficio económico, directo o indirecto, para sí o para un tercero.

- b) El art. 429 CP castiga al particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.
- c) El art. 430 CP tipifica la actuación del “conseguidor”, esto es de quien se ofrece a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitando de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptando ofrecimiento o promesa. Se castiga también al funcionario o autoridad que actúe de esta manera, así como a la persona jurídica, como ocurre con cualquiera de los delitos del Capítulo VI (arts. 428 y ss CP).

4. Malversación (arts. 432 y ss): También aquí se recogen diversas conductas (apropiación de bienes muebles de titularidad pública y administración desealeal de patrimonio público)⁴⁸:

- a) El art. 432 CP tipifica la conducta de la autoridad o funcionario que cometiere el delito del art. 252 sobre el patrimonio público, esto es infracción de sus funciones (emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante negocio jurídico) por quien tiene facultades para administrar un patrimonio ajeno, excediéndose en el ejercicio de las mismas y,

48 V., MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., *El delito de malversación*, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), “Comentarios a la Reforma Penal de 2015”, cit., p. 691 y ss; VALEIJE ALVAREZ, I., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p.1197 y ss.

de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado⁴⁹.

Igualmente se castiga la conducta de la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público, esto es, cuando, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

Las conductas tipificadas aquí son tanto la administración desleal del patrimonio público como la apropiación indebida del mismo⁵⁰.

- b)** El art. 433 CP castiga los hechos referidos en el art. 432, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores sea inferior a 4.000 Euros.
- c)** El nuevo art. 433bis CP castiga a la autoridad o funcionario público que falsee la contabilidad o documentos que deban reflejar la situación económica o la información contenida en los mismos, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa (fuera de los supuestos previstos en el art. 390).

Este artículo recoge también la conducta de facilitar a terceros información mendaz respecto a la situación económica de la entidad o alguno de los documentos o informes referidos.

49 V., sobre la reforma de la administración desleal y apropiación indebida, GILI PASCUAL, A., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p. 772 y ss.

50 VALEIJE ALVAREZ, I., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p.1199 y 1200; PRECIADO DOMENECH, C.H., *La apropiación indebida*, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), “Comentarios a la Reforma Penal de 2015”, cit., p. 519 y ss.

- d) El art. 434 CP prevé una rebaja de la pena si el autor de los hechos tipificados en este Capítulo hubiera reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.
- e) Por último, el art. 435 CP establece un delito de malversación “impropia” al considerar que las conductas descritas en los artículos anteriores son también punibles cuando se cometen por quienes se hallen encargados de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas; los particulares designados como depositarios de caudales o efectos públicos; los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aun pertenecientes a particulares; y a los administradores concursales.

5. De los fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 y ss)⁵¹:

- a) El art. 436 CP castiga la conducta de la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público; extendiéndose también al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario.
- b) El art. 437 CP proscribe la conducta de la autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada.

51 VALEIJE ALVAREZ, I., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p.1210 y ss.

- c) El art. 438 CP sanciona la actuación de la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiére algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del art. 307ter.

6. Los arts. 439 y ss CP contemplan las negociaciones y actuaciones prohibidas a los funcionarios y los abusos en el ejercicio de su función. Estamos ante un conjunto de tipos de carácter residual respecto a las figuras analizadas previamente, cuyo común denominador es el abuso del cargo con la finalidad de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de otro tipo⁵²:

- a) El art. 439 CP castiga a la autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones.
- b) Se castiga también el comportamiento similar de peritos, árbitros y contadores partidores, tutores, curadores, albaceas y los administradores concursales (art. 440 CP).
- c) El art. 441 CP castiga a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa.

52 VALEIJE ALVAREZ, I., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p.1218 y ss.

- d) El art. 442 CP tipifica la revelación de secretos o información privilegiada por autoridad o funcionario público.

7. Por último, el Capítulo X (art. 445 CP) tipifica la provocación, conspiración y proposición para cometer los delitos previstos en este título.

B) Corrupción política

La reforma de 2015 introduce un nuevo Título XIII bis para castigar los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos⁵³:

- a) El art. 304bis CP castiga a quien reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

Estos mismos hechos serán castigados con pena privativa de libertad cuando: **a)** Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.Uno, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros,

53 Independientemente de la justificación que se haga en la Exposición de la Ley (“da respuesta penal a la necesidad de definir un tipo penal específico para estos actos delictivos, ya que en la vigente legislación española no existe un delito concreto que esté tipificado como delito de financiación ilegal de partidos políticos”), y dejando al margen las discusiones doctrinales sobre la necesidad o no de este tipo penal, es evidente que en el legislador español ha pesado de forma extraordinaria la realidad política española actual y la presión y descontento social al respecto. V., MAROTO CALATAYUD, M., *Financiación ilegal de partidos políticos*, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), “Comentarios a la Reforma Penal de 2015”, cit., p. 760 y ss; OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos: Un foco de corrupción*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014 págs 87 y ss; PUENTE ABA, L.M., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p.949 y ss.

o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido; **b)** Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7. Dos de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros.

Igualmente se castiga a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores; y cuando el responsable de los hechos sea una persona jurídica.

b) El art. 304ter CP castiga a quien participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley; así como a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones.

C) Corrupción en el ámbito privado

Este tipo de corrupción se caracteriza por la no intervención de un funcionario público en el sentido del art. 24 CP.

1. El art. 243 CP castiga la extorsión, esto es, a quien con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero. A través de este tipo se protege tanto el patrimonio como la libertad⁵⁴.

2. El Capítulo VI del Título XIII del Libro II se dedica a las defraudaciones, conteniendo los delitos de estafa, adminis-

54 GÓMEZ GORDILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO (Dir), “Comentarios al Código Penal”, (2ª ed), Ed. Lex Nova, Valladolid 2011, p. 949; GALLEGO SOLER, J.I., CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dir), *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 5/2010*, cit., p. 538.

tración desleal, apropiación indebida⁵⁵ y defraudación de fluido eléctrico (y análogos).

- a)** Los artículos 248 y ss. CP regulan “las estafas”, conteniendo el art. 248 lo que puede entenderse como el tipo general o concepto general de la estafa, esto es, “el engaño idóneo bastante para producir un error en otro, el cual motiva un acto de disposición patrimonial que, a su vez, engendra un perjuicio económico en su propio patrimonio o en el de un tercero”⁵⁶.

Los artículos 249 a 251bis CP establecen las penas que corresponden a las distintas modalidades, incluidas las personas jurídicas.

- b)** La administración desleal se regula en el art. 252 Cp, tipificando, como hemos visto, la conducta de quien, teniendo la capacidad de actuar sobre el patrimonio de otro, incumple sus deberes genéricos al respecto causando un perjuicio a dicho patrimonio⁵⁷.

La apropiación indebida se castiga en el art. 253 sancionando a quien en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido⁵⁸.

55 V., al respecto, GILI PASCUAL, A., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p. 759 y ss.

56 QUINTERO OLIVARES, G., en AAVV, *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1130.

57 GILI PASCUAL, A., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p. 772 y ss. Como afirma PRECIADO DOMENECH, C.H., *La apropiación indebida*, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), “Comentarios a la Reforma Penal de 2015”, cit., p. 520, “se termina con el tópico de que en nuestro derecho no está tipificada la administración desleal de patrimonios de particulares...”; RAMOS RUBIO, C., *El nuevo delito de administración desleal*, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), “Comentarios a la Reforma Penal de 2015”, cit., p. 533 y ss.

58 Como indica GILI PASCUAL, A., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p. 768, “la administración des-

Este bloque se completa con lo previsto en el art. 254 CP, que tipifica la apropiación de cosa mueble ajena.

- c) Los arts. 255 y 256 tipifican las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas y el uso de equipo terminal de comunicación.

3. El art. 262 CP castiga, bajo la denominación de “alteración de precios en concursos y subastas públicas”, la conducta de quien solicitare dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; intentare alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; de quienes concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación.

Se discute si el bien jurídico protegido en este delito es el patrimonio, bien de carácter claramente individual, o la correcta formación de los precios en concurso y subastas públicas⁵⁹.

4. Bajo el epígrafe de “delitos relativos al mercado y a los consumidores” (arts. 278 y ss) se distingue por el Código Penal los delitos de competencia desleal, los delitos contra los consumidores y los delitos contra el libre mercado o la libre competencia, limitándonos en este análisis a los últimos.

- a) Maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (art. 284 CP), casti-

leal se estructura, pues, sobre la base de los deberes de velar por intereses ajenos, ante varias posibilidades de actuación. La apropiación indebida lo hace, en cambio, sobre la infracción de un concreto deber de entrega o devolución, sin alternativas de decisión”. V., también, PRECIADO DOME-NECH, C.H., *La apropiación indebida*, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), “Comentarios a la Reforma Penal de 2015”, cit., p. 523.

59 FARALDO CABANA, P., *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1010; GALLEGO SOLER, J.I., CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dir.), *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 5/2010*, cit., p. 583, refiere que la doctrina mayoritaria considera que se trata de la “pureza de las subastas y concursos públicos, que a su vez repercute en el patrimonio de las personas que creen que aquéllos se celebrarán conforme a las reglas de la oferta y demanda”.

gando diversas conductas⁶⁰: Alteración de los precios que hubieran de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación empleando violencia, amenaza o engaño; difundir noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero; realizar, utilizando información privilegiada, transacciones o dar órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o asegurar utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

- b)** El art. 285 CP castiga la conducta de quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrarle obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad. Se agrava la condena prevista cuando en estas conductas concorra alguna de las siguientes circunstancias: Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas o que el beneficio obtenido sea de notoria importancia o que se cause grave daño a los intereses generales.

60 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal y económico de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 164.

Estos delitos tienen como finalidad garantizar la existencia del libre mercado y de la competencia, elemento esencial para el correcto funcionamiento de la economía de mercado⁶¹.

5. La reforma del año 2015 introduce en este título una Sección 4ª bajo la denominación de “Delitos de corrupción en los negocios” (en sustitución a la anterior “De la corrupción entre particulares”⁶²), esto es, la corrupción privada propiamente dicha:

- a) El art. 286 bis CP castiga al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un

61 Como indica FARALDO CABANA, P., en GÓMEZ TOMILLO (Dir), “Comentarios al Código Penal”, (2ª ed), cit., p. 1102, la discusión se centra en si este bien es una “abstracción conceptual que engloba una colectividad difusa integrada por el conjunto de patrimonios de los participantes en el mercado” o si se tutela un bien jurídico no reconducible a bienes individuales.

62 Nuevamente nos encontramos a otra decisión del legislador español, si bien bastante tardía ateniendo a los países de nuestro entorno, basada en la normativa europea, concretamente la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. V., BLANCO CORDERO, I., en GÓMEZ TOMILLO (Dir), “Comentarios al Código Penal”, (2ª ed), cit., p. 1110; GILI PASCUAL, A., *Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada (Contribución al análisis del art. 286bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)*, RECPC 09-13 (2007), p. 3; MENDOZA BUERGO, B., *El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286bis del CP)*, en AAVV, “Estudios sobre las reformas del Código Penal...”, cit., p. 425 y ss; TIEDEMANN, K., *Protección penal de la competencia*, en TIEDEMANN, K (Dir.), Eurodelitos. “El Derecho Penal económico en la Unión Europea. Eurodelitos”, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2004, p. 87. La necesidad de que esto fuera así ya se destacaba por NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)*, Revista Penal 2002, p. 55 y 56, quien afirmaba “Salvo error u omisión por mi parte, ni el legislador ni la doctrina se han hecho eco de la obligación de incluir un delito de estas características”.

tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales. Se castiga también a quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

Se tipifica de esta forma el “ofrecimiento, solicitud o aceptación de beneficios no justificados en el marco de las relaciones entre entidades privadas que operan en el mercado, con el fin de favorecer indebidamente a un sujeto en el ámbito de la contratación de bienes o servicios”⁶³ y ello para garantizar la competencia leal en el mercado⁶⁴.

63 GARCÍA ALBERO, R., *Corrupción en los negocios y modificación del cohecho*, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), “Comentarios a la Reforma Penal de 2015”, cit., p. 555 y ss; PUENTE ABA, L.M., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p. 926 y ss.

64 Si bien, considera PUENTE ABA, L.M., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p. 919 que la intención de proteger dicho bien jurídico, “queda enturbiada por la confluencia de otros bienes jurídicos”, como los intereses propios del empresario. V., también,

Se contempla desde esta perspectiva tanto la “corrupción activa” como la “pasiva”. En ambas conductas, activa y pasiva, es clave el incumplimiento de obligaciones, produciéndose así el paralelismo con la corrupción en el ámbito público⁶⁵. ¿Pero de qué obligaciones? Si se responde que las propias de su cargo surgirán problemas para distinguirlo del delito de administración desleal, de ahí que se pueda entender que se refiere a las obligaciones derivadas de las normas que regulan la competencia⁶⁶.

Elemento clave en este delito es la consecución de un provecho propio o para un tercero (obtención de un beneficio o ventaja no justificada)⁶⁷; pero que debe ser de entidad suficiente como para conseguir el fin que se pretende⁶⁸.

El bien jurídico a proteger a través de este tipo, de forma similar a la vista en el Código Penal alemán, es el respeto a la competencia equitativa y leal en el mercado y desde esa perspec-

GUARDIOLA LAGO, M.J., *Limitaciones del derecho penal en la protección del mercado y los consumidores: Dos ejemplos*, en GARCÍA ARÁN, M., (Dir.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 238 y ss; GARCÍA ALBERO, R., *Corrupción en los negocios y modificación del cohecho*, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), “Comentarios a la Reforma Penal de 2015”, cit., p. 562, quien señala el carácter pluriofensivo

- 65 Esta exigencia lo diferencia, en cambio, del modelo alemán, en el que no existe; pero sigue lo previsto en la Decisión Marco de 2003 que lo exige como “mínimo”.
- 66 OTERO GONZÁLEZ, P., *Corrupción entre particulares (Delito de)*, Economía. Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 3 Septiembre 2012-febrero 2013, p. 178 y 180. V., también GILI PASCUAL, A., en GONZÁLEZ CUS-SAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p. 759 y ss; GARCÍA ALBERTO, R., *Corrupción en los negocios y modificación del cohecho*, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), “Comentarios a la Reforma Penal de 2015”, cit., p. 558 y ss.
- 67 La Decisión Marco de 2003 utiliza la expresión ventaja indebida. Se debe traer aquí a colación lo dicho al analizar en Alemania la cuestión de la adecuación social, v., MENDOZA BUERGO, B., *El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286bis del CP)*, en AAVV, “Estudios sobre las reformas del Código Penal...”, cit., p. 436.
- 68 FARALDO CABANA, P., *Hacia un delito de corrupción en el sector privado*, Estudios de Política Criminal 2000 - XXIII, p. 59 y ss.

tiva debe limitarse la conducta típica descrita⁶⁹. El Preámbulo a la LO 5/2010 así lo reconoce “La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a los que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos compor-

69 Como afirma OTERO GONZÁLEZ, P., *Corrupción entre particulares (Delito de)*, Economía. Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 3 Septiembre 2012-febrero 2013, p. 175, “... la corrupción, tanto en el sector público como en el sector privado, distorsiona las reglas de la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido”. V., también BOLEA BARDÓN, C., *El delito de corrupción privada (Bien jurídico, estructura típica e intervinientes)*, InDret marzo 2013, p. 10 y ss; SÁNCHEZ BERNAL, J., *La corrupción en el sector privado: Debate en torno a su inclusión en el Código Penal*, CT 2010, p. 221 y ss; GILI PASCUAL, A., *Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada (Contribución al análisis del art. 286bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)*, RECPC 09-13 (2007), p. 7 y ss; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Corrupción en el sector privado: ¿Competencia desleal y/o administración desleal?*, Icade 2008, núm. 74, p. 228 y ss; MENDOZA BUERGO, B., *El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286bis del CP)*, en AAVV, “Estudios sobre las reformas del Código Penal...”, cit., p. 428 y ss, quien no deja de poner de manifiesto dudas o inconvenientes en este sentido.

Partidario de considerar que el bien jurídico es realmente la “regularidad en la contratación civil y mercantil” se muestra GÓMEZ BERMÚDEZ, J., *Prevención y sanción de la corrupción pública y privada*, Conferencia pronunciada en las XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado “El nuevo Código Penal”, Madrid 17 y 18 de noviembre de 2010, p. 10. NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)*, Revista Penal 2002, p. 67, de *lege ferenda*, afirmaba que “la perspectiva más sólida a la hora de decidir la inclusión de un delito de administración entre particulares es la patrimonial y no tanto la supraindividual de la protección de la competencia”; FARALDO CABANA, P., *Hacia un delito de corrupción en el sector privado*, Estudios Penales y criminológicos 2001, núm. 23, p. 72, se muestra también partidaria del aspecto individual “un bien jurídico individual de contenido económico” en tanto que se tutelan los intereses económicos legítimos de los empresarios competidores, “pero con la particularidad de que su tutela se orienta a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual, la competencia leal, que es lesionado ya al ponerse en peligro abstracto el bien jurídico individual”.

tamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado”. QUINTERO constata que se afirmaba que “los delitos patrimoniales eran ‘individualistas’ y que los económicos tenían un marcado sentido de ofensa potencial o concreta a lo ‘colectivo o general’”⁷⁰.

- b) El nuevo art. 286ter CP tipifica la conducta de quienes mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público⁷¹ en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización

Sobre la conveniencia o no de la introducción de este tipo, vinculándolo con el bien jurídico protegido, y con la necesidad o no de intervención del proceso penal v., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, cit., p. 306 y ss; VENTURA PÜSCHEL, A., en ALVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (Dir), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 263; GILI PASCUAL, A., *Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada (Contribución al análisis del art. 286bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)*, RECPC 09-13 (2007), p.10 y 11; NAVARRO FRIAS/MELEIRO BOSCH, *Corrupción entre particulares y tutela del mercado*, InDret 4/2011, p. 7 y ss.

Considera PUENTE ABA, L.M., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p. 919 que la determinación del bien jurídico sigue, tras la reforma, sin estar claro ya que la intención de proteger dicho bien jurídico, “queda enturbiada por la confluencia de otros bienes jurídicos”, como los intereses propios del empresario.

70 QUINTERO OLIVARES, G., en AAVV, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., p. 1085.

71 Se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427 CP.

de actividades económicas internacionales⁷², poniendo de manifiesto el carácter global que presenta la corrupción⁷³.

Se castiga en este caso, al contrario que en el anterior, únicamente la modalidad activa.

- d)** El nuevo artículo 286quáter considera que los hechos descritos en los artículos 286bis y ter se considerarán especialmente graves cuando: a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado, b) la acción del autor no sea meramente ocasional, c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando: a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.

72 PUENTE ABA, L.M., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p. 916; VALEIJE ALVAREZ, I., en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios al Código Penal de 2015*, cit., p.1170 y ss.

73 Indica NIETO MARTIN, A., *La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)*, Revista Penal 2003, núm., 12, p. 3 y 4, que estamos ante un ejemplo más de la influencia de los Estados Unidos en el derecho penal; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *La corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, en AAVV, “Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero)”, Ed. Thomson Reuters, Cizur-Menor 2011, p. 607 y 608; FARALDO CABANA, P., *¿Se adecua el derecho penal español al Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales?: avance de resultados de la evaluación en fase 3*, Boletín del Ministerio de Justicia 2012, núm. 2148, p. 1 y ss.

IV. ¿La zanjada discusión sobre la posición de la víctima en el proceso penal?

La pregunta de si la víctima debe o no tener una función en el proceso penal está claramente vinculada con dos cuestiones de especial relevancia: La primera de ellas se refiere a cuál es la finalidad del proceso penal y si, atendiendo a dicha finalidad, tiene sentido predicar una intervención o participación de la víctima en el proceso⁷⁴. El proceso penal tiene como fines

74 WEIGEND, T., *Deliktsopfer und Strafverfahren*, Ed. Duncker & Humboldt, Berlin 1988, p. 173 y ss; IDEM, *Internationale Entwicklung bei der Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, en BARTON/KÖLBEL, “Ambivalenz der Opferzuwendung des Strafrechts (Zwischenbilanz nach einem Vierteljahrhundert opferorientierter Strafrechtspolitik in Deutschland, Ed. Nomos, Baden Baden 2012, p. 30 afirma que construir los fines del proceso penal atendiendo a la víctima es difícil, pues supone saber realmente qué esperan las víctimas del proceso penal; IDEM, “*Die Strafe für das Opfer?*” *Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverhahrensrecht*, RW 2010/1, p. 39 y ss; HÖRNLE, T., *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und in materiellen Strafrecht*, JZ 19/2006, p. 950; SCHORK, S., *Die Stellung des Opfers im Strafverfahren (Motive der Opferberücksichtigung un deren Folgen für die Verfahrensstruktur)*, Jura 2003, p. 304; JUNG, H., *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, ZStW 1981, p. 1147 y ss; SEELMANN, K., *Paradoxen der Opferorientierung im Strafrecht*, JZ 1989, p. 670 y ss; Ed. Carl Heymanns, Köln 2000, p. 3 y ss; SILVA SANCHEZ, J., *Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de “reparación”*, en REYNA ALFARO, L.M., “Derecho, Proceso Penal y Victimología”, Ed. Cuyo, Lima 2003, p. 198 y ss; ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 387 y ss; MARTÍN RÍOS, M.P., *Víctima y sistema de justicia. Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, Ed. Atelier, Barcelona 2012, p. 57 y ss. Como indica TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima en el Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Cizur-Menor 1998, p. 20, el impulso de la victimología ha tenido como consecuencia “el tránsito de la perspectiva del autor hacia una perspectiva de la víctima en términos de un ‘cambio de paradigma’”. SAUTNER, L *Opferinteresse und Strafrechtstheorien (Zugleich ein Beitrag zum restorativen Umfang mit Straftaten)*, Studien Verlag, Innsbruck 2010, p. 57 afirma que responder hoy a esta pregunta pasa por vincularla a la Justicia restaurativa (“curar de sus traumas a las víctimas”). Entrar ahora en esta cuestión, siendo acertada, supondría exceder con mucho el objetivo de este trabajo.

la averiguación de la verdad, depuración y aclaración del hecho sospechoso, el restablecimiento de la paz social, “luchando contra el delito” y la aplicación del derecho penal a través de la garantía jurisdiccional penal⁷⁵. Si la finalidad del proceso penal es estrictamente la imposición de las penas, la víctima no tiene “nada que decir”, pero cuando entran en juego otros motivos o fines, como la restitución o reconciliación ya no puede hacerse tan tajante afirmación. Lo cierto es que, como afirma FERREIRO BAAMONDE, el sistema también necesita de la víctima para cumplir sus objetivos, particularmente la persecución de los delitos, en tanto que cumple una “significativa función de auxilio del sistema”, así como de “control informal del delito”; de ahí la importancia que tiene también cuidar a la víctima, para que efectivamente “colabore”⁷⁶.

La segunda cuestión que deberíamos plantearnos, si bien excede del objetivo de estas páginas, es la de qué “busca” o “pretende” la víctima interviniendo en el proceso penal⁷⁷ y si dicha intención es compatible con la finalidad del proceso penal referida y, particularmente, con los derechos del imputado en el proceso penal⁷⁸. Muy brevemente, cabe decir que la víctima,

75 MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, (23ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 278.

76 FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid 2005, p. 279 y ss.

77 Sobre qué busca la víctima, v., WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 403 y ss; HASSEMER/REEMTSMA, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtlichkeit*, Ed. Beck, München 2002, p. 101 y ss; HASSEMER/MATUSSEK, *Das Opfer als Verfolger. Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren*, Ed. Peter Lang, Frankfurt 1996, p. 18 y ss; REEMTSMA, J.P., *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*, Ed. Beck, München 1999; SAUTNER, L., *Opferinteressen und Strafrechtstheorien. Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten*, Studien Verlag, Innsbruck 2010; DÖLLING, P., *Zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, Festschrift für Jung, Ed. Nomos, Baden Baden 2007, p. 78 y ss.

78 HAMMERSTEIN, G., *Die Rechtstellung des Verletzten im Strafverfahren*, en “Verhandlungen des 55 Deutschen Juristentages”, Band II-1, L7 y ss.

“que reclama intervenir en el proceso penal” lo hace para satisfacer sus propios intereses en la debida satisfacción y reparación del daño sufrido por el delito (material y moralmente), la posible reconciliación con el victimario, evitar la victimización secundaria, pero también en el interés en contribuir a la averiguación de la verdad⁷⁹.

Todas estas cuestiones enlazan también con otra pregunta: ¿Debe el Estado preocuparse también por los derechos de las víctimas?⁸⁰ Seguramente ésta sea la primera de las cuestiones que debemos responder, pues contestar negativamente supone que ya no tiene sentido plantearnos ninguno de los otros interrogantes. Si bien durante unos años el Estado parecía haber dado la espalda a la víctima, que únicamente se consideraba como un

79 HEGER, M., *Die Rolle des Opfers im Strafverfahren*, JA 2007, p. 244; SCHÖCH, H., *Die Situation des Deliktsofners im Strafverfahren*, en AAVV, “Die Behandlung des Opfers von Straftaten im Strafverfahren”, Evangelische Akademie von Kurhessen-Waldeck, Schlößchen Schönburg, Hofgeismar 1984, p. 5, indica cómo estudios criminológicos a que se refiere en la obra, ponen de manifiesto que la víctima puede ser la instancia de control social jurídico-penal más importante, en tanto que en los delitos contra los bienes individuales entre el 91% y el 98% se inicia por iniciativa de la víctima.

80 GOMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito (La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España)*, (2ª ed.), Ed. Aranzadi, Cizur-Menor 2015, *passim*; REYNA ALFARO, L.M., *Estudio final: La víctima en el sistema penal*, en SCHÜNEMANN/ALBRECHT/PRITTWITZ/FLETCHER, “La víctima en el sistema penal (Dogmática, proceso y política criminal)”, Ed. Grijley, Lima 2006, p. 107 pone de manifiesto la paradoja de que la sociedad se identifica claramente con la víctima que sufre el delito, pero “no le interesa”. VOGEL, J., *Amtspflichten der Staatsanwaltschaft gegenüber Verletzten?*, NJW 1996, p. 3401; GRANDERATH, R., *Mittelpunkt des Strafverfahrens steht der Beschuldigte. Im gewährleistet der Rechtsstaat eine umfassende Verteidigung gegenüber dem Strafrechtlichen*, MDR 10/1983, p. 797.

En contra de la existencia de una obligación de estas características, v., VON GALEN, M., *Die Opferperspektive im deutschen Strafprozess (Ein kritische Bestandaufnahmen aktueller Gesetzgebungsvorhaben)*, en AAVV, “Opferschutz, Richterrecht, Strafprozessreform”, 28 Strafverteidigertag, Karlsruhe 5-7 März 2004, Ed. Thomas Uwer, Berlin 2005, p. 266.

objeto más del que obtener información, parece evidente —nuevamente por la influencia de la criminología— que esto ya hace tiempo que no es así. El Estado debe también, como una más de sus obligaciones, velar por la víctima, su tutela y satisfacción⁸¹. La clave será, entonces, ¿cómo hacerlo?

La satisfacción de la víctima con el sistema guarda una relación directa con la posibilidad de intervenir en el proceso, de ahí que se entienda, como siguiente paso, que es conveniente (no nos atrevemos a decir que sea necesario) reconocerle la posibilidad de intervenir en el proceso (para poder influir en la decisión que finalmente se tome) y ejercer algún tipo de control (ya que realmente es el Estado el que otorga los medios)⁸².

81 Los esfuerzos desde la Unión Europea son, en este sentido, evidentes. V., VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La protección de las víctimas en el proceso penal. Consideraciones generales e instrumentos de protección*, en TAMARIT SUMALLA, J.M (Coord.), “El estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 176 y ss; GOMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, cit., p. 169 y ss; PLANCHADELL GARGALLO, A., *La víctima en el nuevo Código procesal penal desde la perspectiva de las exigencias europeas*, en MORENO CATENA, V., (Dir.), “Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 155 y ss.; ORDEÑANA GEZURUGA, L., *El estatuto de la víctima en el derecho jurisdiccional español*, IVAP Oñati 2014, passim.

82 El entronque de estas preguntas con las constituciones es evidente, v., PETER, F.K., *Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Rechte des Beschuldigten*, Ed. Kovac, Hamburg 2010, p. 53 y ss; TUMANISCHVILI, G., *Erweiterung der Strafprozessualen Rechtsstellung des Verletzten? Ein rechtsvergleichende Untersuchung aus Beispiel des deutschen und georgischen Rechts*, Ed. Kovac, Hamburg 2008, p. 88 y ss; RIEß, P., *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, en “Verhandlungen des 55 Deutschen Juristentages”, BandI, C47; BÖTTCHER, R., *Wie viel Opferschutz verträgt der rechtstaatliche Strafprozeß?*, Festschrift für Schöch, cit., p. 933 y ss.

Iguales consideraciones se pueden hacer desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos, v., BOCK, S., *Opferrechte in Licht europäischer Vorgaben*, en BARTON/KÖLBEL, “Ambivalenz der Opferzuwendung des Strafrechts (Zwischenbilanz nach einem Vierteljahrhundert opferorientierter Strafrechtspolitik in Deutschland, cit., p. 67 y ss; IDEM, *Internationale Perspektiven: Einflüsse des Europarates in der Europäischen Union*, en POLLÄHNE, H., “Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Abseits?

V. La posición de la víctima en el Derecho alemán

En Alemania el debate sobre el papel que debe tener la víctima en el proceso penal surge a mediados de los años 70 del siglo pasado⁸³, como en otros países consecuencia del impulso de la victimología⁸⁴. Buena prueba de ello es el tratamiento

Probleme und Chancen zunehmender Orientierung auf die Verletzten in Prozess, Therapie und Vollzug”, cit., p. 44 y ss.

- 83 No podemos entrar en estas páginas a analizar la discusión doctrinal generada en esta materia, esto es, sobre la conveniencia o no de atribuir un papel a la víctima más allá de su condición de testigo, si bien puede verse un resumen de dichas posiciones favorables y contrarias en PETER, F.K., *Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren...*, cit., p. 61 y ss; SCHROTH, K., *Die Rechte des Opfers im Strafprozess*, cit., p. 2 y 16. En castellano, v., GOMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, cit., p. 129 y ss; SCHROTH, K., *Die Rechte des Opfers im Strafprozess*, Ed. Müller, Heidelberg 2011, p. 1; HERRMANN, J., *Die Entwicklung des Opferschutzgesetzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht – Eine unendliche Geschichte*, ZIS 2010, p. 236 y ss. V., particularmente, WEIGEND, T., *Delikt- opfer und Strafverfahren*, cit., p. 24 y ss., quien analiza históricamente la evolución de la participación de la víctima y los motivos históricos, políticos y jurídicos distinguiendo claramente tres estadios: La víctima protagonista, la víctima como mero objeto del proceso, en tanto que facilita información y la situación actual, aún en evolución, posiblemente.

Crítico se muestra en diversos trabajos el Prof. SCHÜNEMANN, *El papel de la víctima dentro del sistema de Justicia criminal. Un concepto a tres escalas*, en SCHÜNEMANN/ALBRECHT/PRITTWITZ/FLETCHER, “La víctima en el sistema penal (Dogmática, proceso y política criminal), cit., p. 19 y ss; IDEM, *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtsplege*, NSiZ 1986, p. 193 y ss; SCHÜNEMANN, B., *Die Stellung des Opfers in Systema der Strafrechtsplege: Ein Drei-Säulen Modell*, en SCHÜNEMANN/DUBBER, “Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in de USA”, cit., p. 9, quien considera que su participación sí tendría sentido cuando se desconfia en la “energía persecutoria” del Ministerio Fiscal o, en su caso, cuando el proceso penal se convierte en un instrumento para el resarcimiento de la víctima, § 46a StGB.

- 84 Se reitera mucho la idea del “redescubrimiento de la víctima” o “renacimiento” de la misma, v., ALBRECHT, P.A., *La funcionalización de la víctima en el sistema de Justicia penal*, en SCHÜNEMANN/ALBRECHT/PRITTWITZ/FLETCHER, “La víctima en el sistema penal (Dogmática, proceso y política criminal), Ed. Grijley, Lima 2006, p. 19 y ss, poniendo de manifiesto cómo se pasa de una situación de “neutralización de la víctima” a la de su redescubrimiento. V., también BARTON/FLOTHO, *Opferanwälte*

monográfico de esta cuestión en el 55º *Deutsches Juristentages* celebrado en Heidelberg en 1984⁸⁵.

Lo cierto es que la cuestión ha calado en Alemania y se ha reflejado en una serie de importantes reformas legales que han ido fijando y fortaleciendo la posición de la misma en el

im Strafverfahren, cit., p. 15; SCHÖCH, H., *Die Situation des Deliktso-pfers im Strafverfahren*, en AAVV, “Die Behandlung des Opfers von Straftaten im Strafverfahren”, Evangelische Akademie von Kurhessen-Waldeck, Schlößchen Schönburg, Hofgeismar 1984, p.3 y ss; IDEM, *Die Rechtstellung des Verletzten im Strafverfahren*, NStZ 1984, p. 385; RIEß, P., *Die Rechtstellung des Verletzten im Strafverfahren*, en “Verhandlungen des 55 Deutsches Juristentages”, BandI, C9 y ss; IDEM, *Der Strafprozeß und der Verletzte – eine Zwischenbilanz*, Jura 1987, p. 281; HASSEMER/REEMTSMA, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtlichkeit*, cit., p. 13, afirman que la víctima “ha salido de las sombras” tras más de un siglo; JUNG, H., *Zur Renaissance des Opfers – Ein Lehrstück kriminalpolitischer Zeitgeschichte*, ZRP 2000, p. 159; HÖRNLE, T., *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und in materiellen Strafrecht*, JZ 19/2006, p. 950 y ss; SAFFERLING, C., *Die Rolle des Opfers im Strafverfahren – Paradigmawechsel im nationalen und internationalen Recht?*, ZStW 2010, p. 187 y ss; HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, (2ª ed), Ed. Bek, München 1990, p. 70 y ss.

Esta idea del redescubrimiento de la víctima, se destaca también por TAMARIT SUMALLA, J.M., *La víctima en el Derecho Penal*, cit, p. 17 y ss; FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, cit., p. 3 y ss; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *El redescubrimiento de la víctima: Victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada “victimización terciaria” (el penado como víctima del sistema legal)*, en AAVV “La victimología”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial 1993; SOLE RIERA, J., *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona 1997, p. 13; ORDEÑANA GEZURAGA, I., *El estatuto jurídico de la víctima del delito en el derecho jurisdiccional español*, cit., p. 35 y ss; GARCÍA ALVAREZ, P., *La víctima en el derecho penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014; GARCÍA COSTA, F.M., *La víctima en las constituciones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 135 y ss.

- 85 AAVV, *Verhandlungen des 55 Deutsches Juristentages, Band I-III*, Hamburg 1984, Ed. Beck, München 1984. No obstante, indica WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 140, que ya en su primera sesión, en 1860, se planteaba la idea de “compaginar” un papel o posición de la víctima y el monopolio de la acción penal por el Ministerio Fiscal.

proceso penal⁸⁶. Evolución que va desde su consideración como un mero testigo, sin más, a permitirle participar activamente en el proceso en defensa de sus intereses⁸⁷:

- 1) La *Opferentscheidungs-gesetz* de 11 de mayo de 1976, que reconoce que el Estado tiene una obligación de tutela frente a la víctima del delito.
- 2) La *Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren* (1. Opferschutzgesetz), de 1 de abril de 1984, que tiene como finalidad fundamental responder a la necesidad de una mayor protección a las víctimas de hechos graves en el proceso penal y la posibilidad de lograr un acuerdo restitutivo⁸⁸.

86 PETER, F.K., *Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren...*, cit., p. 26 y ss; SCHADLER, W., *Opferschutz in der deutschen straf- und Strafprozessrechtlichen Gesetzgebung im dessen Umsetzung in die Judikatur*, en BARTON/KÖLBEL, “Ambivalenz der Opferzuwendung des Strafrechts (Zwischenbilanz nach einem Vierteljahrhundert opferorientierter Strafrechtspolitik in Deutschland, cit., p. 51 y ss.

Esta evolución legislativa, necesariamente, se ve influida también por la normativa europea, además de por diversos textos internacionales, de ahí que no se descarta que las reformas continúen.

87 PETER, F.K., *Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren...*, cit., p. 19 y ss; SCHROTH, K., *Die Rechte des Opfers im Strafprozess*, cit., p. 3 y ss; STAIGER-ALLROGGEN, P., *Auswirkungen des Opferschutzgesetzes auf die Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, Univ. Göttingen 1992, p. 20 y ss; RIEß, P., *Zur Beteiligung des Verletzten im Strafverfahren*, Festschrift für Jung, Ed. Nomos, Baden Baden 2007, p. 752 y ss; WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 150 y ss. POLLÄHNE, H., *Opfer im Blickpunkt – Täter im toten Winkel?*, en POLLÄHNE, H., “Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Abseits? Probleme und Chancen zunehmender Orientierung auf die Verletzten in Prozess, Therapie und Vollzug”, Ed. LIT, Berlin 2012, p. 5, proporciona un dato muy significativo para poner de manifiesto la creciente importancia de la víctima, ya que indica que entre la primera y segunda norma de protección de la víctima pasan 12 años, entre la segunda y tercera 8 años, luego 5, pero en las últimas hay un año de diferencia. V., también HANLOSER, M., *Das Recht des Opfers auf Gehör im Strafverfahren*, Ed. Peter Lang, Frankfurt 2010; GOMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, cit., p. 131 y ss.

88 KAISER, M., *Die Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, Max-Planck-Institut, Freiburg 1992; FERBER, S., *Das Opferrechtsreformgesetz*, NJW

- 3) La *Opferschutzgesetz* de 18 de diciembre de 1986 afirma el derecho de la víctima a participar en el proceso, pero atendiendo a la diversa entidad de la afeción sufrida. La regulación de la acción accesoria va a sufrir su primer cambio importante.
- 4) *Verbrechensbekämpfungsgesetz* de 28 de octubre de 1994, que introduce los acuerdos entre víctima y autor.
- 5) *Strafrechtsänderungsgesetz* de 23 de junio de 1994, que modifica el Código Penal.
- 6) *Zeugenschutzgesetz* de 30 de abril de 1998, centrada en la tutela de los testigos, por tanto también de la víctima que tiene dicha condición.
- 7) *Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleich* de 20 de diciembre de 1999, para consolidar la igualdad de víctima y victimario en el proceso.
- 8) *Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetz* de 11 de diciembre de 2001, de armonización en materia de protección de testigos.
- 9) *1. Opferformgesetz* de 24 de junio de 2004, que acoge en gran parte las discusiones doctrinales que hasta ese momento se habían planteado sobre la conveniencia de reconocer a la víctima un derecho a participar en el proceso.
- 10) *Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten* de 1 de enero de 2007, para reforzar la compensación de la víctima a través de la recuperación de las ganancias e ingresos obtenidos con el delito.
- 11) *Justizmodernisierungsgesetz* de 22 de diciembre de 2006, de modernización de la Justicia.

2004, p. 2562; WEIGEND, T., *Das Opferschutzgesetz. Kleine Schritte zum welchen Ziel?*, NJW 1987, p. 1170 y ss; THOMAS, S., *Der Diskussionsentwurf zur Verbesserung der Rechte des Verletzten im Strafverfahren – ein Stück Teilreform?*, StV 1985, p. 431 y ss.

- 12) 2. *Opferreformgesetz* de 29 de julio de 2009, a través de la que se refuerzan los derechos de la víctima, principalmente centrándose en el derecho a la información, particularmente al actor accesorio; el derecho de los menores de edad; la mejora en la protección de los testigos y la simplificación de la solicitud de asistencia letrada⁸⁹.
- 13) *Gesetz zur Stärkung der Täterverantwortung* de 15 de noviembre de 2012, de reforzamiento de la responsabilidad del autor del delito.
- 14) *Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs* de 26 de junio de 2013, para la especial protección y reconocimiento de derechos a las víctimas de abusos sexuales.

Antes de comenzar con las posibilidades de actuación de la víctima en el proceso penal, consecuencia de dicha evolución, debemos matizar que la ley procesal alemana no contiene una noción de víctima⁹⁰, sino que prefiere utilizar la expresión de

89 BRITTMANN, F., *Perspektiven zum Opferschutz – Reform der Reform*, ZRP 2009, p. 212 y ss; CELEBI, G., *Kritische Würdigung des Opferrechtsreformgesetzes*, ZRP 2009, p. 110 y 111; SCHORTH, K., 2. *Opferreformgesetz – Das Strafverfahren auf den Weg zum Parteiprozess?*, NJW 2009, p. 2916 y ss; BUNG, J., *Zweites Opferrechtsreformgesetz: Vom Opferschutz zur Opferermächtigung*, StV 2009, p. 430 y ss. WEIGEND, T., *Das Opfer als Prozesspartei? Bemerkungen zum Opferrechtsreformgesetz 2009*, Festschrift für Schöch, Ed. De Gruyter, Berlin 2010, p. 948, considera que esta ley es un punto y final, pero “provisional” de una evolución iniciada en el año 1986, que pretende “aproximar o igualar al ofendido al acusado como figura central del proceso penal”. En contra de tal aproximación, SCHÜNEMANN, B., *Die Stellung des Opfers in Systema der Strafrechtsplege: Ein Drei-Säulen Modell*, en SCHÜNEMANN/DUBBER, “Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in de USA”, cit., p. 9.

90 El concepto más arraigado es aquél que considera a la víctima como el titular del bien jurídico ofendido por el delito, que sea objeto de tutela por la norma penal. En general se mantiene también un concepto patrimonial, pues se considera que es ofendido la persona que, a través del hecho delictivo, se ve afectado en su esfera jurídica patrimonial. Ya advertía BAUR, F., *Zum Begriff des Verletzten in der StPO*, JZ 1953, p. 299, que esta definición

ofendido (*Verletzter*), pero sin dar tampoco una definición del mismo. La Ley utiliza siempre un concepto “finalista” de ofendido, es decir, quién es ofendido a efectos de utilizar las distintas posibilidades de intervención que la ley le da, por ejemplo, para ejercer la acción privada⁹¹.

Pese a las críticas que se hacen a la intervención de la víctima en el proceso, parece que la víctima ha “venido para quedarse”⁹².

Los derechos de la víctima en el proceso penal se pueden clasificar realmente atendiendo a la finalidad perseguida con los mismos en⁹³:

- a) Derechos de control, respecto a la actividad pública, cuya manifestación más clara es el procedimiento

anclada en el bien jurídico protegido por la norma plantea un problema fundamental ante bienes jurídicos no individuales, pues con mayor frecuencia las normas penales tutela bienes jurídicos de carácter colectivo.

Entiende VELTEN, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., p. 241, que el legislador ha renunciado conscientemente a introducir un concepto de ofendido único; mientras que SCHROTH, K., *Die Rechte des Opfers im Strafprozess*, p. 17, considera que se ha “fracasado” en la consecución de ese concepto único.

- 91 BAUR, F., *Zum Begriff des Verletzten in der StPO*, JZ 1953, p. 299 y ss; WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 414 y ss; MOLDENHAUER, *Karlsruher Kommentar. Strafprozessordnung*, Ed. Beck, München 2013, p. 1187 y ss; HILGER, H., *Über den Begriff des Verletzten im Fünftes Buch der StPO*, GA 2007, p. 287 y ss; FRISCH, W., *Der Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren*, JZ 1974, p. 7 y ss.
- 92 DÖLLING, P., *Zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, Festschrift für Jung, cit., p. 85, considera que la discusión sobre el papel de la víctima en el proceso penal no está cerrada. En esta evolución será necesario compaginar los intereses del ofendido, sin afectar los derechos de defensa del acusado, y el interés general en una utilización razonable del proceso penal.
- 93 VELTEN, *Systematischer Kommntar zur Strafprocessordnung*, cit., p. 19; SCHORK, S., *Die Stellung des Opfers im Strafverfahren (Motive der Opferberücksichtigung un deren Folgen für die Verfahrensstruktur)*, Jura 2003, p. 304 y ss; WEIGEND, T., *Das Opfer als Prozesspartei? Bemerkungen zum Opferrechtsreformgesetz 2009*, Festschrift für Schöch, cit., p. 953 y ss; IDEM, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 422 y ss.

para forzar la acusación (*Klageerzwingungsverfahren*, § 172 StPO);

- b) Derechos “ofensivos” que le permiten influir en la marcha del proceso, que se plasma en la posibilidad de ejercer la acción penal (*Nebenklage*, StPO) o instar una indemnización;
- c) Derechos a la información, fundamental en tanto que supone el presupuesto lógico para poder ejercer sus posibilidades;
- d) Derechos defensivos, plasmados en las medidas de protección, por ejemplo, cuando debe declarar como testigo.

Analicemos ahora, muy brevemente, las posibilidades más importantes de intervención de la víctima en el proceso penal alemán:

A) La solicitud penal (querrela), procedente en ciertos delitos como condición de procedibilidad (*Strafantragsrecht* § 158 StPO)⁹⁴.

Junto con la denuncia (§ 158 StPO), forma habitual de inicio del proceso penal, el Código Procesal penal contempla un conjunto de delitos (*Antragsdelikten*, como por ejemplo el allanamiento de morada o las injurias) para cuya persecución se requiere que el ofendido por los mismos interponga la solicitud penal, que se configura así como presupuesto de procedibilidad o condición necesaria para que los órganos de persecución inicien sus actuaciones propias.

94 KLAIBER, S., *Mitwirkungsbefugnisse des Bürgers auf Seiten der Strafverfolgungsorgane in Deutschland und in Spanien im Rechtsvergleich*, Ed. Peter Lang, Frankfurt 2006, p. 65 y ss; RIEß, P., *Verhandlungen des 55 Deutschen Juristentages*, Bandl, C16 y ss; LYANE SAUTNER, *Opferintresse und Strafrechtstheorien...*, cit., p. 19 y ss; WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 444 y ss.

B) El procedimiento para forzar la acusación (*Klageerzwingungsverfahren*, § 172 StPO)⁹⁵:

El procedimiento para forzar la acusación es un instrumento que tiene como finalidad garantizar el principio de legalidad en tanto que permite al ofendido por un delito, y pese a la existencia del monopolio de la acción penal por el Ministerio Fiscal⁹⁶, que se le “fuerce” a dicho ejercicio ante la decisión original de no perseguir los hechos delictivos⁹⁷. Pese a la importancia “de control” que puede tener esa posibilidad⁹⁸, lo cierto es

95 Para no abusar de las citas doctrinales, procederemos a indicar en un cita al principio de cada uno de los epígrafes correspondientes lo más destacado en cada una de estas posibilidades, de manera selectiva. V., en este caso, MOLDENHAUER, *Karlsruher Kommentar. Strafprozessordnung*, cit., p. 1183 y ss; SING/VORDERMAYER, en SATGER/SCHLUCKBIER/WIDMAIER, *StPO Kommentar*, Ed. Carl Heymanns, Köln 2014, p. 1056 y ss; MEYER-GOßNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, (57ª ed), Ed. Beck, München 2014, p. 883 y ss; KRISTEN GRAALMANN-SCHHEERER, en LÖWE-ROSENBERG, *StPO*, Band 5, (26ª Ed), Ed. De Gruyter, Berlin 2007, p. 902 y ss; FEITER, G., *Die Bedeutung des Rechtsschutzes nach §§ 23 ff. EGGVG für den Bereich der Strafrechtsplege*, Ed. Cantaurus, Pfaffenweiler 1992, p. 88 y ss; WALTHER, en KREKELER/LÖFFELMANN/SOMMER, *Anwaltskommentar StPO*, (2ª ed), Ed. Deutsches Anwalt, Bonn, 2010, p. 838 y ss; WEHNERT, A., *Rechtliche und rechtstastsächlich Aspekte des Klageerzwingungsverfahrens*, Ed. Peter Lang, Frankfurt 1988; HEFENDEHL, R., *Der Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren bei moderner Rechtsgut – und Deliktsstrukturen*, GA 1999, p. 584 y ss; WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 491 y ss.

96 Se considera que no es una quiebra en el monopolio del ejercicio de la acción penal, sino un control de su ejercicio, v., MOLDENHAUER, *Karlsruher Kommentar. Strafprozessordnung*, cit., p. 1184; WEHNERT, A., *Rechtliche und rechtstastsächlich Aspekte des Klageerzwingungsverfahrens*, cit., p. 18.

97 No supone en ningún caso que el particular ejerza acción alguna, pero como afirman HASSEMER/REEMTSM, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtlichkeit*, cit., p. 83, supone una “grieta en el muro” del monopolio estatal. Sobre su origen histórico y discusiones que precedieron su regulación, v., WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 142 a 145.

98 Como señala WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 492, esta es su finalidad original y que fundamenta su existencia históricamente.

que en la práctica su utilización es muy escasa, ya que quien lo insta suele tener escaso éxito y son pocos los casos de archivo del § 175 StPO que permiten su ejercicio⁹⁹.

Este mecanismo se puede ejercer por el ofendido por el delito que al mismo tiempo sea “solicitante” en el sentido analizado en el punto anterior¹⁰⁰. Procede cuando —en el caso de los *Antragsdelikte*, el Ministerio Fiscal decide no ejercer la acción pública o, una vez concluidas sus investigaciones, proceder al archivo del proceso siempre que dicha decisión tenga carácter definitiva.

Comunicada dicha decisión al solicitante, éste puede en un primer momento (o fase) dirigirse al superior de la Fiscalía,

99 De “espada de Damocles sobre el Fiscal se califica por MOLDENHAUER, *Karlsruher Kommentar. Strafprozessordnung*, cit., p. 1185.

100 Corresponde al solicitante que ve cómo el Ministerio Fiscal decide no seguir adelante con el proceso penal, teniendo carácter estrictamente personal, pues no puede pasar a sus herederos ni familiares. HEFENDEHL, R., *Der Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren bei moderner Rechtsgut – und Deliktsstrukturen*, GA 1999, p. 589, si se amplía el concepto de ofendido que puede ejercitar esta posibilidad, dando entrada a bienes jurídicos colectivos, se estaría prácticamente reconociendo la existencia de una acción popular. Considera esta autor que lo que debe hacerse en cada caso concreto en que nos encontremos con delitos que afectan a un número de individuos, es extender el círculo o núcleo de afectados ampliando así la posibilidad de ejercer el procedimiento para forzar la acusación. Pone el ejemplo de los delitos contra la seguridad vial, explicando que sin entendemos que el bien jurídico protegido en estos delitos es la vida, la salud o la propiedad, ¿qué inconveniente hay para permitir el procedimiento para forzar la acusación?

Consideraciones similares encontramos VOLCKART, B., *Opfer in der Rechtspflege*, JR 5/2005, p. 182, quien considera que estos instrumentos debe “repensarse” cuando se trata de delitos contra bienes colectivos, ya que en este caso la víctima está “diluida” (opferverdünnte delikte) y se plantea un problema cuando la persecución estatal falla, por ejemplo en los casos de corrupción y, por tanto, “el discurso de la víctima en estos términos es anacrónico”. TIEDEMANN, K., *Klageerzwingungsbefugnis von Aktionären und GmbH – Gesellschaften, insbesondere bei Organuntreu*, cit., p. 625, indica que sobre su aplicación ante bienes colectivos los tribunales no tiene un criterio fijo, ya que no admiten su utilización en casos como por ejemplo los delitos contra el medio ambiente, pero sí en otros casos, como en ciertos tipos de falsedad.

para que se reconsidere dicha decisión y, en su caso, se le “obligue” al ejercicio de la acción penal. Si recibe nuevamente una respuesta negativa, puede entonces dirigirse al órgano jurisdiccional para que sea éste el que decida si la decisión de la Fiscalía ha sido o no correcta conforme al principio de legalidad¹⁰¹.

Este procedimiento para forzar la acusación no puede utilizarse cuando el sobreseimiento se debe al ejercicio del principio de oportunidad, pues dicha decisión no puede ser controlada en la forma vista. Tampoco procede en los casos de acción privada.

C) La acción accesoria (*Nebenklage*, §§ 395 a 402 StPO)¹⁰²:

La acción accesoria ha sido profundamente reformada como uno de los instrumentos fundamentales para hacer real

101 Sobre la posibilidad de ampliarla a otros supuestos de archivo, KRISTEN GRAALMANN-SCHEERER, en LÖWE-ROSENBERG, *StPO*, Band 5, (26ª Ed), cit., p. 903.

102 MERZ, en RADTKEyHOMANN, *StPO Kommentar*, cit., p. 1903 y ss; MEYER-GOßNER SCHMITT, *StPO Kommentar*, cit., p. 1518 y ss; HILGER, H., en LÖWE-ROSENBERG, *StPO Kommentar*, cit., p. 156 y ss; SENGE, *Karlsruher kommentar StPO*, cit., p. 2223 y ss; SCHÖCH, en SATGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, *StPO Kommentar*, cit., p.1724 y ss; KURTH/WEIßER, *Heidelberger Kommentar StPO*, (5ª ed), cit., p.2113 y ss; VELTEN, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., p. 132; STÖCKEL, en KLEINKNECHT/MÜLLER/REITGEBER, *KMR StPO Kommentar*, Ed. Carl Heymann, Köln, 2008; BÖTTGER, en KREKELER/LÖFFELMANN/SOMMER, *Anwaltskommentar StPO*, (2ª ed), p. 1355 y ss; PETER, F.K., *Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren...*, cit., p. 95 y ss; AMELUNXEN, C, *Der Nebenkläger in Strafverfahren*, Ed. Schmidt Römhild, Lübeck 1980, passim; SCHULZ, J., *Beiträge zur Nebenklage*, Ed. Duncker & Humboldt, Berlin 1982; NIEDLING, D., *Strafprozessualer Opferschutz am Beispiel der Nebenklage. Bestandaufnahme und Ausblick nach sechzehn Jahren Opferschutzgesetz*, LIT, Münster 2005, passim; SCHROTH, K., *Die Rechte des Opfers im Strafprozess*, cit., p. 142 y ss; LOSSEN J., *Die Nebenklage*, en FRIESA TASTIE, “Opferschutz im Strafverfahren”, Leske & Budrich, Opladen 2002, pags. 65 y ss; BARTON, S., *Die Reform der Nebenklage: Opferschutz als Herausforderung für das Strafverfahren*, JA 2009, p. 753 y ss;

y efectiva la “nueva concepción del papel de la víctima en el proceso penal”, en tanto que le permite ocupar la posición de participante en el mismo en procesos penales por hechos delictivos que el legislador considera especialmente merecedores de protección¹⁰³.

La finalidad de la acción accesoria es, teóricamente, permitir al ofendido por el delito defender en un proceso incoado por el Fiscal, delito público por tanto, sus derechos e intereses, participando activamente en el mismo, si éste es su deseo, de ahí que se le reconozcan una serie de derechos al efecto. El actor accesorio no está persiguiendo ningún interés público, sino su propio interés, de ahí que no puede tampoco exigírsele imparcialidad alguna. En la práctica lo cierto es que esta posibilidad se utiliza para preparar la acción civil derivada del delito tendente a la indemnización de los daños y perjuicios¹⁰⁴.

VELTEN considera que la acción accesoria cumple cinco funciones concretas (4 de ellas en defensa del ofendido y una

BERTON, S., *Nebenklagevertretung und Strafverfahren. Ein neuartiger, aber kriminologisch vergessener Bereich der rechtsberatende Praxis*, Festschrift für Schwind, Ed. Müller, Heidelberg 2006, p. 211 y ss; WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 434 y ss; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, cit., p. 147^a 150. Sobre sus orígenes, v., WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 131 y ss. RÜTH, K., *Ist die Nebenklage noch Zeitgemäß?*, JR 1982, p. 265, se plantea si es un cuerpo extraño dentro del proceso penal.

- 103 Precisamente, las reformas legales que hemos enumerado al iniciar este epígrafe suponen el reconocimiento de una clara función tuteladora de esa acción, en tanto que permite la satisfacción de sus intereses, la preparación de su reclamación de indemnización, etc., Así se desprende de la Primera y Segunda Ley de protección de la víctima de 1986 y 2009, respectivamente. V., NIEDLING, D., *Strafprozessualer Opferschutz am Beispiel der Nebenklage...*, cit., p. 8; BARTON, S., *Nebenklagevertretung im Strafverfahren*, StraFo 2011, p. 162; TIEDEMANN, K., *Klageerzwingungsbefugnis von Aktionären und GmbH – Gesellschaften, insbesondere bei Organuntreu*, Festschrift für Schönemann, Ed. Nomos, Baden Baden 2009, p. 625 considera que este procedimiento se sitúa a medio camino entre los modelos de derecho comparado que permiten la acción popular y los que sólo autorizan el ejercicio de la acción civil.
- 104 BARTON/FLOTHO, *Opferanwälte im Strafverfahren*, cit., p. 40.

en defensa de los intereses públicos)¹⁰⁵: La función general se corresponde con la idea de control de la actuación del Ministerio Fiscal; pero también sirve para dar efectividad al principio de contradicción, proteger frente a la victimización secundaria, rehabilitación, reparación y satisfacción de la víctima, contrarrestar las consecuencias jurídicas del delito y transparencia. El ofendido dejará así de ser un mero convidado o espectador en el proceso, para poder intervenir activamente¹⁰⁶.

Al contrario que la acción privada no estamos ante una verdadera acción, en tanto que no tiene “independencia”, pues no permite que el actor se dirija por sí ante las autoridades ejerciendo acción penal, y planteando su propio hecho delictivo a perseguir en el sentido del § 264 StPO, sino que es necesario que el Fiscal haya ejercido la acción, de ahí su consideración de accesoria. Al respecto, es importante matizar que esta dependencia sólo se produce respecto a la existencia de la acción, pero que una vez la acción ha sido admitida el actor actúa con “independencia” respecto del Fiscal, de ahí que no se considere que estamos ante un coadyuvante o auxiliar del mismo. ¿Hasta qué punto puede suponer un elemento de desequilibrio en el proceso?¹⁰⁷.

Dentro de esta finalidad, se ha destacado también la función de control que cumple respecto a la actuación del Fiscal en la persecución penal, función “claramente compatible con la Constitución”¹⁰⁸.

105 VELTEN, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., p. 133 y 134. En sentido similar se pronuncia FABRICIOUS, D., *Die Stellung des Nebenklägervertreters*, NStZ 1994, p. 260.

106 SCHROTH, K., *Die Rechte des Opfers im Strafprozess*, cit., p. 144.

107 BUNG, J., *Zweites Opferrechtsreformgesetz: Vom Opferschutz zur Opferermächtigung*, StV 2009, p. 430 y ss.

108 BRINGEWAT, P von., *Die Nebenklage – ein Wirksames Verfahren zur “privaten Kontrolle” staatsanwaltlicher Strafverfolgung*, GA 1972, p. 289 y ss; HILGER, H., *Löwe-Rosenberg StPO Kommentar*, cit., p. 156, considera que supone el reconocimiento de que, desde un punto de vista criminológico y victimológico, puedan existir ciertos grupos o categorías de víctimas que no se sientan “cubiertas” por la actuación del Fiscal, de ahí que se considere posible que puedan intervenir en el proceso para “cubrir tales lagunas”.

En principio, la acción accesoria es posible en todo proceso penal de acción pública, salvo en los procesos penales de menores, siempre que se den los presupuestos del § 395 StPO, si bien es importante destacar que el ámbito de delitos en que es posible, al contrario de lo que ocurre con la acción privada, ha sufrido una ampliación importante, hasta el punto de que este artículo se cierra, en su punto 3, con una cláusula final más amplia que permite el ejercicio de la acción accesoria a todo el que se considera afectado por un delito para defender sus derechos e intereses, cuando concurren causas especiales o atendiendo a la especial gravedad de los hechos y de sus consecuencias¹⁰⁹, lo que nos lleva a cuestionarnos si está dejando la puerta abierta a otros delitos, alguno de ellos relacionados con la corrupción.

La acción accesoria puede ejercerse por todo aquél que esté legitimado para ser actor privado (es decir, el ofendido por ciertos delitos); los familiares cercanos del fallecido; el ofendido por el delito que hubiera ejercido con éxito el procedimiento para forzar la acusación y las personas afectadas en los casos del § 90 StGB (Presidente de la Replica Federal) y § 90b (ciertos funcionarios).

La entrada en el proceso del ofendido exige una declaración de adhesión en este sentido, sobre la que decidirá el Tribunal, sin que ello influya en el desarrollo normal del proceso.

109 SCHADLER, W., *Opferschutz in der deutschen straf- und Strafprozessrechtlichen Gesetzgebung im dessen Umsetzung in die Judikatur*, en BARTON/KÖLBEL, “Ambivalenz der Opferzuwendung des Strafrechts (Zwischenbilanz nach einem Vierteljahrhundert opferorientierter Strafrechtspolitik in Deutschland)”, cit., p. 52; BARTON, S., *Die Reform der Nebenklage: Opferschutz als Herausforderung für das Strafverfahren*, JA 2009, p. 755; IDEM, *Wie wirkt sich das 2. Opferreformgesetz auf die Nebenklage aus?*, StRR 2009, p. 406; BRITTMANN, F., *Das 2. Opferrechtsreformgesetz*, JuS 2010, p. 221, entiende que la ley está separando “causas especiales” de otros motivos, como por ejemplo la gravedad de los hechos, lo que puede llevar a que en un caso no grave concurren “causas especiales” que permitan el ejercicio de la acción accesoria.

El actor accesorio tiene en el proceso los siguientes derechos (§ 397)¹¹⁰: El derecho a participar en la vista principal (incluso cuando la misma se declare a puerta cerrada); el derecho a ser oído; el derecho a acceder e inspeccionar las actuaciones; el derecho a ser informado de una serie de decisiones de trascendencia que se toman en el proceso, por ejemplo, la de archivo de las actuaciones; el derecho a recusar al Juez y a los peritos; el derecho a interrogar a los testigos, peritos y acusado; derecho a instar la práctica de la prueba e intervenir en la misma y el derecho a pedir aclaraciones sobre ciertos aspectos; derecho a la asistencia letrada y asistencia jurídica gratuita; derecho al recurso con limitaciones, ya que no puede recurrir la sentencia por entender que al acusado le corresponde una pena mayor a la que se le ha impuesto. Junto con estas facultades, su status en el proceso se conforma también por unos “impedimentos” ya que no puede renunciar a la práctica de los medios de prueba que hayan sido admitidos; ni a ciertas garantías inherentes al principio de contradicción; no tiene derecho de oposición frente a la decisión del § 249, 2 (prescindir de la lectura de ciertos documentos).

D) La acción privada (*Privatklage*, §§ 374 a 394 StPO)¹¹¹:

El proceso por acción privada persigue garantizar la presencia del sospechoso en el proceso y, en su caso, la imposición

110 El catálogo de derechos y facultades de actuación que se otorgan al actor accesorio no es ajeno a dudas, principalmente en la fase de investigación. V., NIEDLING, D., *Strafprozessualer Opferschutz am Beispiel der Nebenklage...*, p. 78 y ss.

111 MERZ, en RADTKE y HOMANN, *StPO Kommentar*, cit., p. 1871 y ss; MEYER-GÖßNER SCHMITT, *StPO Kommentar*, cit., p. 1487 y ss; HILGER, H., en LÖWE-ROSENBER, *StPO Kommentar*, cit., p. 21 y ss; SENGE, *Karlsruher kommentar StPO*, cit., p. 2193 y ss; JOFER, en SATGER/SCHLÜCKEBIER/WIDMAIER, *StPO Kommentar*, cit., p. 1698 y ss; KURTH/WEIßER, *Heidelberger Kommentar StPO*, (5ª ed), Ed. Müller, Heidelberg 2012, p. 2060 y ss; VELTEN, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., p. 28 y ss; STÖCKEL, en KLEINKNECHT/MÜLLER/REITGEBER, *KMR StPO Kommentar*, cit., 2008, p. 2 y ss;

de una pena, cuando el Fiscal no considera que exista interés público en ello¹¹².

La posibilidad de ejercer la acción privada no debe equipararse, por el lector español, a nuestra acción particular, ya que la acción privada no procede ante cualquier delito, sino únicamente ante delitos castigados con una pena mínima inferior a un año relacionados en el § 374 StPO¹¹³. Tampoco debe considerarse que estemos ante un proceso de partes, pues se mantienen facultades importantes para el Tribunal. La existencia de un actor privado se considera una excepción al principio de legalidad y una limitación al principio de oficialidad, aunque no puede afirmarse que en el proceso de acción privada rija el principio dispositivo.

La acción privada, por tanto, parte de la falta de interés público en la persecución de ciertos delitos, por entender que no hay afección a los intereses generales o ésta es mínima. La ac-

SCHWÄTZLER, en KREKELER/LÖFFELMANN/SOMMER, *Anwaltskommentar StPO*, (2ª ed), cit., p. 1320 y ss; PETER, F.K., *Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren...*, cit., p. 188 y ss; SCHORN, H., *Das Recht der Privatklage*, Ed. Luchterhand 1967, *passim*; SCHROTH, K., *Die Rechte des Opfers im Strafprozess*, cit., p. 241 y ss; HIRSCH, H.J., *Gegenwart und Zukunft des Privatklageverfahrens*, Festschrift für Lange, Ed. De Gruyter, Berlin 1976, p. 815 y ss; WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 479 y ss; GOMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, cit., p. 145 a 147.

- 112 Como indica GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán*, Ed. Bosch, Barcelona 1985, p. 208, “el origen de la acción privada estriba en otorgar una mejor protección al ofendido por el delito ante la posibilidad de una denegación de Justicia...”. Entiende HILGER, H., en LÖWE-ROSENBERG, *StPO Kommentar*, cit., p. 7 y 22, que estamos ante la forma de participación “más fuerte” de la víctima en el proceso, ya que se configura como un “auténtico privilegio” al no depender de la voluntad del Fiscal, como sí ocurre en la acción accesoria.
- 113 Listado que no ha sufrido variación alguna desde el año 1924 y que coincide con delitos considerados tradicionalmente bagatela. En este listado encontramos por ejemplo el allanamiento de morada, la violación del secreto postal, las injurias, lesiones corporales, etc; enumeración que en parte —pero no enteramente— coincide con los delitos que requieren previa solicitud del ofendido (no coincide en el caso de los delitos del § 241 StGB). V., SCHORN, H., *Das Recht der Privatklage*, cit., p. 18 y ss.

ción privada cumple, desde esta perspectiva, principalmente una función de control social. Esta facultad que se reconoce al ofendido por el delito no excluye el ejercicio de la acción pública ya que el Fiscal puede entender que concurre un interés público en la persecución de dichos delitos (§ 377 StPO), en cuyo caso el afectado deja de ser considerado actor privado para actuar como actor accesorio. Así es, el Fiscal puede, en cualquier momento del proceso previo a la sentencia, “hacer suyo” el proceso, aún con la opinión contraria del acusador privado, al entender que concurre dicho interés público que se vincula a motivos de prevención general o especial¹¹⁴. Al margen de esta posibilidad, que supone el desapoderamiento de la acción, el Fiscal puede decidir intervenir en el proceso por acción privada (§ 377), por ejemplo inspeccionando las actas, siempre y cuando sepa que ese proceso está en marcha, lo que no suele ocurrir¹¹⁵.

La legitimación para el ejercicio de la acción privada corresponde al ofendido por el delito; a quien, junto con el ofendido o en su lugar, puede presentar la solicitud penal (por ejemplo, los familiares del fallecido) y, cuando el ofendido carezca de capacidad, su representante legal. Igualmente podrá ejercerse por una persona jurídica y por asociaciones legalmente constituidas.

Muy brevemente indicaremos que las especialidades procedimentales que presenta este proceso se refieren a la necesidad de haber intentado la conciliación; la ausencia de procedimiento preparatorio pues comienza directamente con el ejercicio de la acción y, en su caso¹¹⁶, se abre el procedimiento; la posición del

114 KRÖPE, *Gerichtliche Überprüfung des von der Staatsanwaltschaft bejahten öffentlichen und besonderen öffentlichen Interesses*, DRiZ 1968, p. 19 y ss.

115 Tiene pleno sentido ya que sólo de esta forma puede “hacer suyo” el proceso ejerciendo la acción.

116 Es el juez quien debe, obviamente, tomar esta decisión atendiendo a la concurrencia de los presupuestos procesales, la condición de privado del delito, la legitimación del actor o la no concurrencia de un delito oficial vinculado o concurrente. Además, debe añadirse que si el Juez considera que no concurre “culpa suficiente” podrá proceder al archivo de la causa o no apertura del juicio oral.

Fiscal se ocupa, con limitaciones, por el actor privado¹¹⁷; cabe el desistimiento del proceso en cualquier momento y es también posible la reconvencción.

Interesa destacar que el actor privado ocupa en el proceso penal, como hemos dicho, la posición del Fiscal, lo que determina para él unas obligaciones y unos derechos:

- 1) En primer lugar, es importante matizar que no está obligado por el principio de legalidad ni se espera de él objetividad alguna, pues al fin y al cabo defenderá en el proceso sus propios derechos e intereses en la persecución y castigo del presunto autor del hecho delictivo y la reparación del daño causado¹¹⁸.
- 2) Dado que intervendrá en el proceso defendiendo derechos e intereses propios no podrá actuar como testigo.
- 3) Al actor privado se le reconoce en la ley una serie de derechos (§ 385 StPO): El derecho a ser oído; derecho a consultar las actas (si bien sólo puede ejercerlo a través de su abogado); derecho a la asistencia letrada; derecho a ser citado a la vista; derecho a estar presente en la práctica de la prueba y en el juicio oral, interviniendo en el mismo si así lo quiere; derecho a citar a testigos y peritos; derecho a la notificación e información como se haría con el Fiscal; derecho a interponer recursos; derecho a la asistencia letrada.

Pese a la importancia teórica de dicho instrumento, lo cierto es que no goza del favor de la doctrina¹¹⁹ y en la práctica

117 Una clara limitación se encuentra en la imposibilidad de solicitar ciertas medidas coercitivas, como por ejemplo, la prisión provisional.

118 Precisamente por ello, y al contrario de lo que hemos visto en el procedimiento para forzar la acusación, se considera por SENGE, *Karlsruher kommentar StPO*, cit., p. 2193, que esta posibilidad supone una quiebra del principio de legalidad en el ejercicio de la acción en ciertos aspectos: Puede suponer la participación de varios actores frente a un único autor, puede retirarse o renunciarse y puede finalizar con un acuerdo.

119 BOHLANDER, *Zu den Anforderungen an die Privatkalgeschrift nach § 381 StPO*, NStZ 1994, p. 420 y ss. Afirma SCHROTH, K., *Die Rechte des*

no presenta trascendencia alguna¹²⁰, de ahí que en los últimos tiempos se plantee la posibilidad de su sustitución por un proceso que propicie el acuerdo¹²¹.

E) El proceso civil acumulado (*Adhäsionsverfahren* §§ 403 a 406c StPO)¹²²:

Este proceso se introduce en el año 1943¹²³ en la StPO con la finalidad de permitir que el ofendido por un hecho delictivo pueda plantear, ante el mismo juez que está conociendo del

Opfers im Strafprozess, cit., p. 241, que “no se ve con buenos ojo” y que el legislador no la ha favorecido tanto en las reformas legales como las otras posibilidades.

120 El ofendido por el delito debe correr con los gastos del proceso, que no son pocos, y tampoco va a tener las posibilidades que tiene el Fiscal para investigar los hechos, por ejemplo. De hecho, HILGER, H., en LÖWE-ROSENBERG, *StPO Kommentar*, cit., p. 23, lo califica como un “calvario” para el actor.

121 MEYER-GOßNER SCHMITT, *StPO Kommentar*, cit., p. 1487.

122 MERZ, en RADTKE/HOMANN, *StPO Kommentar*, cit., p. 1922 y ss; MEYER-GOßNER/ SCHMITT, *StPO Kommentar*, cit., p. 1541 y ss; HILGER, H., en LÖWE-ROSENBERG, *StPO Kommentar*, cit., p. 233 y ss; ZABECK, *Karlsruher kommentar StPO*, cit., p. 2243 y ss; SCHÖCH, en SATGER/SCHLÜCKEBIER/WIDMAIER, *StPO Kommentar*, cit., p.1741 y ss; POLLÄHNE, *Heidelberger Kommentar StPO*, (5ª ed), cit., p.2169 y ss; VELTEN, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., p. 197 y ss; KAUDER, en KREKELER/LÖFFELMANN/SOMMER, *Anwaltskommentar StPO*, (2ª ed), cit., p. 1379 y ss; SPANDAU/DOERING-STRIENING, *Das Adhäsionsverfahren und “Blitzlichter” aus dem Schmerzensgeld*, en DOERING-STRIENING, “Opferrechte. Handbuch des Anwalts für Opferrechte”, Ed. Nomos, Baden Baden 2013, p. 67 y ss; DALLMAYER, J., *Das Adhäsionsverfahren nach der Opferrechtsreform*, JuS 2005, p. 327 y ss; GRAU, B., *Stärken und Schwächen des reformierten Adhäsionsverfahrens Zugleich Anmerkungen zu LG Stuttgart – 11 KLS 34 Js 11865/07 (Beschlüsse v. 14.7., 21.7 und Verfügung von 29.7.2009)*, NStZ 2010, p. 662 y ss; KÖCKERBAUER, H.P., *Die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche im Strafverfahren – der Adhäsionsprozeß*, NStZ 1994, p. 305; WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 522 y ss; GOMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, cit., p. 150 a 153.

123 La denominación actual viene a sustituir la de *Denunziationsprozess*.

proceso penal, la pretensión civil que se derive del hecho delictivo para exigir la reparación del daño e indemnización de los daños y perjuicios causados así como la restitución de la cosa, en su caso. El Tribunal resolverá la pretensión civil siempre que el acusado haya sido condenado o se le haya impuesto una medida de seguridad.

El ofendido por el delito, concebido éste con amplitud (quien alegue que el mismo le ha causado un daño en su patrimonio), o su heredero están legitimados para el ejercicio de la pretensión civil en el proceso penal, aún en el caso de que no hubieran presentado solicitud penal.

Al demandante civil prácticamente no se le reconocen derechos, pero sí se le comunica la celebración de la vista, pues puede declarar en ella como testigo¹²⁴, tiene derecho a estar presente en la misma, puede solicitar pruebas respecto a la pretensión civil y participar en la misma con tal limitación y puede recurrir en lo que se refiere a las decisiones sobre la pretensión civil exclusivamente.

Desde el punto de vista práctico no reviste especial importancia¹²⁵, si bien se ha reclamado por algún autor una reforma

124 Respecto a esta facultad se critica que en condición de participante tiene derecho a estar presente en la práctica de las pruebas, por lo que podrá concurrir a la declaración de los testigos, cuando él puede ser uno de ellos, lo que evidentemente es un freno a la credibilidad de su declaración.

125 DALLMAYER, J., *Das Adhäsionsverfahren nach der Opferrechtsreform*, JuS 2005, p. 330, entiende que pese a las ventajas que pueda presentar, concurren en la acción adhesiva unos elementos que determinan dicha escasa utilización, por ejemplo, que el Fiscal se centrará en los aspectos penales, no en los civiles; la desatención de los tribunales por la carga de trabajo extra que puede suponerseles; los abogados prefieren acudir a la vía civil independiente; el afectado desconoce las posibilidades que le ofrece y, principalmente, carecerá de financiación para interponerla. V., también, HÄLLER, K., *Das "Kränkelnde" Adhäsionsverfahren – Indikator Struktureller Probleme der Straffjustiz*, NJW 2011, p. 970 y ss; SCHIRMER, H., *Das Adhäsionsverfahren nach neuem Recht – die Stellung der Unfallbeteiligten in deren Versicherern*, DAR 4/88, p. 121; KUHN, S., *Das neuen Adhäsionsverfahren*, JR 10/2004, p. 397 y ss.

de la misma para potenciar su utilización pues se considera que presenta algunas ventajas respecto al proceso civil independiente, al que también puede acudir¹²⁶.

Junto con estas posibilidades resarcitorias debe también señalarse las ofrecidas por la Ley sobre el resarcimiento para la víctima de los hechos violentos (OEG); el § 459a, I, 2 StPO, que permite facilitar el pago; la ayuda para la recuperación de los frutos (§ 111b, IV StPO) o la posibilidad de pedir el aseguramiento de las responsabilidades civiles de la *OpferanspruchssicherungsG*¹²⁷.

126 HILGER, H., en *Löwe-Rosenberg Kommentar StPO*, cit., p. 238 y 239; HAUPT/WEBER, *Handbuch Opferschutz und Opferhilfe*, Ed. Nomos, Baden Baden 1999, p. 110; SPANDAU/DOERING-STRIENING, *Das Adhäsionsverfahren und "Blitzlichter" aus dem Schmerzensgeld*, en DOERING-STRIENING, "Opferrechte. Handbuch des Anwalts für Opferrechte", cit., p. 68 y 69; DALLMAYER, J., *Das Adhäsionsverfahren nach der Opferrechtsreform*, JuS 2005, p. 329. Estas ventajas se refieren a que supone una descarga de la justicia civil en tanto que ya no es necesario acudir a un proceso civil, potencia la solución vía acuerdo del conflicto ya que el acusado por obtener una ventaja viendo rebajada su pena puede tener más interés en pagar, la asistencia letrada no es obligatoria, se puede aprovechar el tiempo que dedican los abogados a la pretensión penal, descarga a los testigos, impide resoluciones contradictorias, aplicación de las reglas probatorias propias del proceso penal y el principio oficial, etc.

127 AAVV, *Moderne Opferentschädigung (Betrachtung aus interdisziplinären perspektive*, Nomos, Baden Baden 2012; JUNG, H., *Entschädigung des Opfers*, en KIRSCHHOF/SESSAR, *Das Verbrechenopfer*, Bromeyer, Bochum 1979, p. 379 y ss; ZANDER, S., *Schwerpunktebereich: Das System der Wiedergutmachung im Strafverfahren*, JuS 2009, p. 684 y ss, considera que el legislador tiene a su disposición diversos mecanismos para procurar la compensación de los daños materiales e inmateriales que en la víctima provoca el hecho delictivo: La *Täter-Opfer Ausgleich* (§ 46^o StGB); *Sühnversuch* (§ 380 StPO); *Schädenswiedergutmachungsaufgabe* (§ 153a StPO); *Rückgewinnungshilfe* (§§ 111bv, 111g StPO); *Zahlungserleichterung* (§ 42 StGB); *Adhäsionsverfahren* (§ 403 StPO); *Opferentschädigungsgesetz*; *Opferanspruchssicherungsgesetz*.

La importancia del papel de la víctima en la ejecución se destaca por ACHENBACH, H., *Vermögensrechtlicher Opferschutz im strafprozessualen Vorverfahren*, Festschrift für Blau, Ed. De Gruyter, Berlin 1985.

F) Otros derechos de la víctima (§§ 406d a 406h StPO):

Los §§ 406d y ss., StPO contienen unas facultades aplicables a todo ofendido por un hecho delictivo y ello, lo que es muy importante, con independencia de cuáles sean las posibilidades concretas de intervención en el proceso que dicho ofendido puede tener. Supone, por tanto, un reconocimiento de su condición de participante autónomo en el proceso¹²⁸.

Estos preceptos están llamados a cumplir diversas finalidades, todas ellas ya referidas en algunos de los epígrafes anteriores: Proteger al ofendido de intromisiones no legales en su persona, principalmente centradas en su tutela como testigo; la reparación del daño causado y la satisfacción de sus intereses concretos.

¿Cuáles son estos derechos?¹²⁹:

1) El § 406d StPO establece el derecho que tiene el ofendido, siempre que lo solicite, a ser informado de la marcha del proceso, así como de algunas de las decisiones que se adoptan en el desarrollo del mismo en tanto que le puedan afectar, por ejemplo, las que se refieren a la situación personal del acusado o las de archivo del proceso.

2) El § 406e StPO regula un derecho fundamental del ofendido, reconociéndole la facultad de inspeccionar las actas o

128 La influencia de los documentos europeos es evidente, poniendo de manifiesto que el proceso penal también puede servir para satisfacer los intereses del ofendido.

129 VELTEN, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., p. 238 y ss; HOHMANN, en RADKE/HOHMANN, *Strafprozessordnung*, cit., p. 1935 y ss; KURTH/POLLÄHNE, *Heidelberg Kommentar StPO*, cit., p. 2199 y ss; SCHÖCH, en SATZGER/SCHLÜCKBEIER, *StPO Kommentar*, cit., p. 1753 y ss; ZABECK, *Karlsruher Kommentar StPO*, cit., p. 2253 y ss; MEYER-GÖßNER, en MEYER-GÖßNER/SCHMITT, *StPO Kommentar*, cit., p. 1553 y ss; HILGER, *Löwe-Rosenberg StPO*, cit., p. 282 y ss; KAUDER, en KREKELER/LÖFFELMANN/SOMMER, *Anwaltskommentar StPO*, (2ª ed), cit., p. 1390 y ss. Muy detalladamente se analizan estos derechos por SCHROTH, K., *Die Rechte des Opfers im Strafprozess*, cit., p. 61 y ss.

actuaciones, también en fase de investigación¹³⁰. Estamos ante un instrumento fundamental que permite al ofendido no sólo estar informado de diversos aspectos del proceso, sino también preparar su actuación y defensa en el mismo. El ejercicio del mismo depende de la alegación por el ofendido de un interés legítimo en dicho acceso y conocimiento¹³¹, pudiéndose excepcionar atendiendo al interés del acusado, de terceras personas o cuando pueda suponer un peligro para la investigación o un retraso en el proceso. Debe oírse antes al acusado. Este derecho se reconoce al ofendido en sentido amplio, en tanto que titular del bien jurídico protegido por la norma (ofendido de forma inmediata), pero también del mediatemente ofendido que tenga derecho a algún tipo de reparación.

La gran limitación de este derecho es que no lo puede ejercer por sí mismo, sino únicamente a través de un abogado.

3) El § 406f StPO establece el derecho a la asistencia y representación por un abogado. Al abogado se le permitirá estar presente en el interrogatorio del ofendido por el Tribunal o la Fiscalía. También puede ejercer el derecho a la objeción de las preguntas o presentar la exclusión de la publicidad del proceso, pues tiene derecho a estar presente en el juicio. No obstante, la

130 Detalladamente, LAUTERWEIN, C.C., *Akteneinsicht und –auskünfte für den Verletzten, Privatpersonen und sonstige Stellen §§ 406e und 465 StPO*, Ed. Beck, München 2011, passim; BAUMHÖFENER, J., *Informationsrechte der Nebenkläger – Gefährdung des Grundsatzes der Wahrheitsermittlung*, StraFo 2012, p. 2 y ss; LÜDERSEN, K., *Das Recht des Verletzten auf Einsicht in beschlagnahmte Akten zugleich eine Besprechung der Entscheidung des OLG Koblenz vom 30.5.1986 – 2 VAS 20/85 (NSTZ 1987, 289)*, NSTZ 1987, p. 249 y ss, quien analiza con detalle su base constitucional; RIEDEL/WALLAU, *Das Akteneinsichtsrecht des Verletzten im Strafsachen und seine Probleme*, NSTZ 2003, p. 393 y ss; OTTO, H., *Die Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche als “berechtigtes Interesse” des Verletzten auf Akteneinsicht im Sinne des § 406e, Abs. 1 StPO*, GA 1989, p. 289 y ss.

131 Así se esgrime la necesidad de este acceso para poder garantizar ciertos intereses, defenderse frente a ciertas intromisiones, evitar la victimización secundaria, la rehabilitación, la indemnización y resarcimiento.

actuación del abogado de la víctima es más limitada que la del abogado del acusado¹³².

Además se le reconoce el derecho a hacerse acompañar de una persona de su confianza en los interrogatorios, siempre que no se ponga en peligro la finalidad de la investigación.

Ahora bien, este derecho a la asistencia letrada pone en evidencia esa idea de víctimas de primera y de segunda, pues la asistencia letrada sólo es de oficio en el caso del actor accesorio, por lo que el ofendido que no pueda tener tal condición sólo acudiría al abogado, que recordemos le permite a su vez ejercer otros derechos, cuando económicamente pueda hacerlo.

4) El § 406g StPO reconoce una serie de facultades que corresponden al ofendido que está facultado a ejercer la acción accesorio, aunque no la haya ejercido efectivamente. Estamos, por tanto, ante un privilegio en virtud del cual se le reconoce la asistencia letrada y el ser representado por abogado (a dicho abogado se le autoriza a estar presente en la vista, a estar presente en los interrogatorios judiciales y en la inspección ocular, con limitaciones cuando se ponga en peligro los fines de la investi-

132 El reconocimiento de este derecho de asistencia letrada al ofendido ha llevado a hablarse de un tipo de abogado concreto “el abogado de las víctimas”, cuya actuación no puede ser igual que cuando actúan como abogado de una acusado. V., en este sentido, la obra colectiva DOERING-STRIENING, *Opferrechte. Handbuch des Anwalts für Opferrechte*, Ed. Nomos, Baden Baden 2013; BARTON/FLOTHO, *Opferanwälte im Strafverfahren*, Ed. Nomos, Baden Baden 2010; SCHROTH, K., *Anwälte: Heute Nebenklage, morgen Strafverteidigung – wie geht das zusammen?*, en POLLÄHNE, H., “Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Abseits? Probleme und Chancen zunehmender Orientierung auf die Verletzten in Prozess, Therapie und Vollzug”, cit., p. 63 y ss.

WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, cit., p. 469 y ss; BARTON, S., *Opferanwälte im Strafverfahren: Auf dem Weg zu einem neuen Prozessmodell?*, en POLLÄHNE, H., “Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Abseits? Probleme und Chancen zunehmender Orientierung auf die Verletzten in Prozess, Therapie und Vollzug”, cit., p. 22, se cuestiona si la intervención de la víctima y el papel del abogado pueden suponer el cambio en el modelo de proceso penal, aunque responde negativamente.

gación). A ello debe añadirse el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Este catálogo de derechos, junto con los reconocidos en los otros epígrafes, garantiza su participación formal en el proceso como participante autónomo.

5) El § 406h StPO le reconoce el fundamental derecho a ser informado de sus derechos y facultades en el proceso, presupuesto necesario para el adecuado ejercicio de los mismos. Así se le debe informar, según el caso, del derecho que tiene a ejercer la acción privada, la acción accesoria y la acción civil derivada del delito, el derecho que tiene a solicitar una indemnización y el derecho a asistencia de distinto tipo.

Recapitulando lo dicho hasta aquí en materia de derechos, se puede afirmar que al actor accesorio o potencial actor accesorio¹³³ se le reconocen los siguientes derechos:

- Derecho a la información sobre el desarrollo del proceso;
- Derecho a que se le comuniquen las medidas adoptadas frente al acusado, que puedan afectar a su seguridad (orden de alejamiento, puesta en libertad, etc);
- Derecho de acceso a las actas;
- Derecho a que se le facilite información y copias de actuaciones;
- Derecho a participar en la vista y en la práctica de la prueba;
- Derecho a recusar al juez y los peritos;
- Derecho a preguntar al acusado, testigos y peritos;
- Derecho a oponerse a las órdenes del Presidente del Tribunal;
- Derecho a solicitar la práctica de pruebas¹³⁴;

133 El ejercicio real de estos derechos va a depender, por tanto, de que se tengan indicios o sospechas de que estamos ante un delito del § 395 StPO, que permiten el ejercicio de la acción accesoria, ya que no se exige que efectivamente ejerza la acción accesoria.

134 BOCK, S., *Das Beweisantragsrecht des Nebenklägers – ein Recht zweiter Klasse? Anmerkung zu BGH 55 StR 647/09 von 28.April.2010*, HRRS 2011, núm., 203, quien analiza este derecho comparándolo con el del acusado.

- Derecho a hacer y pedir aclaraciones;
- Derecho a exponer sus conclusiones;
- Derecho a replicar la conclusión del acusado;
- Derecho a ser oído, al mismo nivel que el Fiscal;
- Derecho a la asistencia letrada tanto en la fase de investigación como en la vista del juicio oral;
- Derecho a la asistencia durante el interrogatorio de una persona de su confianza y derecho a que se le comunique a esa persona cuando se va a celebrar;
- Derecho a que se le cite a la Vista principal;
- Derecho a la instrucción de los derechos que le corresponden y de los recursos que puede interponer.

En cambio, a quien no tiene la posibilidad de ejercer la acción accesoria se le reconocen los siguientes derechos¹³⁵:

- Derecho a la asistencia letrada;
- Derecho a estar presente durante la celebración de la vista, como también lo tiene su abogado;
- Derecho a que se le comuniquen las citaciones¹³⁶ y los plazos, siempre que lo haya pedido;
- Derecho a ser asistido por un traductor;
- Derecho a la asistencia en los gastos procesales del letrado;
- Asistencia en gastos y costas;
- Derecho de acceso a las actas;
- Derecho a la instrucción de derechos.

Esta doble regulación de los derechos permite entender que existen dos categorías o tipos de víctimas: Aquéllas a las que se reconocen los derechos recogidos en los §§ 406 d a f; y las víctimas “privilegiadas”, a las que se les reconocen todos los derechos previstos en estos epígrafes, es decir, los ofendidos que están legitimados para ejercer la acción accesoria.

135 SCHROTH, K., *Die Rechte des Opfers im Strafprozess*, cit., p. 64, destaca la escasa trascendencia práctica de estos derechos.

136 KURTH, H.J., *Rechtsprechung zur Beteiligung des Verletzten am Verfahren*, NSTz 1997, p. 1 y ss.

VI. La posición de la víctima en el Derecho español

En España, como sabemos, la víctima ocupa aparentemente un papel más “amplio” al que hemos visto en Alemania, pues puede ser parte independiente del proceso penal, con las mismas facultades que la fiscalía pero sin depender de que sea ésta quien plantee la acusación. No existe en nuestro ordenamiento un monopolio de la acción penal por el Ministerio Fiscal.

Por ser sobradamente conocidas, haremos una muy breve referencia a las posibilidades de intervención de la víctima en el proceso penal¹³⁷:

1) La denuncia: En primer lugar, y esto es común a la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la víctima de un delito puede denunciar el hecho delictivo que ha sufrido presuntamente ante las autoridades. La denuncia, acto procesal de incoación del proceso, con pocas formalidades, supone únicamente la puesta en conocimiento de las autoridades del hecho delictivo. No implica, en ningún caso, la intención de la víctima de ser parte en el proceso.

Una vez presentada la denuncia, conforme a la Lecrim, la víctima mantiene en dicho proceso la condición de testigo, sin mayor intervención¹³⁸. Ahora bien, esta situación está llamada a cambiar con la aprobación la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (transposición de la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y que sustituye a la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo) ya que éste obliga a que a la víctima que ha denunciado los hechos

137 Evitaremos al lector en los tres puntos que siguen una cita exhaustiva de las obras monográficas y artículos que han tratado estas cuestiones.

138 No podemos entrar en estas páginas en su análisis, pero la condición de testigo de la víctima y la valoración de su testimonio es una de las cuestiones más controvertidas en el ámbito de la prueba en el proceso penal.

se le reconozcan una serie de derechos, principalmente dirigidos a evitar la victimización secundaria¹³⁹.

2) La acusación particular: La legitimación para ejercer acusación particular se reconoce por nuestra legislación a el ofendido o perjudicado por el delito (art. 270 Lecrim)¹⁴⁰; fundamentándose dicha legitimación en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24. 1 CE.

El ejercicio de la acusación particular no exige al ofendido la presentación de la querrela, sino que puede comparecer como parte también por medio de escrito, suscrito por abogado y procurador, en dicho sentido y a través del ofrecimiento de

139 GOMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, cit., p. 320 y ss.

140 Ofendido por el delito se considera al titular del bien jurídico lesionado por la comisión del hecho delictivo o protegido por la norma sustantiva.

No obstante, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal se refiere tanto al ofendido por el delito, como al perjudicado, pero también al agraviado, pudiendo todos estos conceptos “coincidir” con un concepto amplio de víctima, de ahí la importancia de la utilización de un concepto unitario.

El art. 2 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del delito define a la víctima, distinguiendo entre víctima directa e indirecta. Así, la víctima directa se define como toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especiales, lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos: 1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar; 2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

acciones; aspectos de los que debe ser informado. La acusación particular se ejerce en el ámbito de los delitos públicos y semi-privados.

3) La acusación privada corresponde al ofendido por el delito cuando se trata de un delito privado (injurias y calumnias contra particulares, art. 215), siendo el único titular de la acción penal. La acción debe ejercitarse mediante querrela (art. 215 CP).

Al tratarse de un delito privado, el ofendido por el delito tiene en su disposición tanto el inicio del proceso penal, pues es el único que puede iniciarlo, pero también su mantenimiento y conclusión. Así, es posible retirar la acción penal una vez interpuesta poniendo fin al proceso; finalización que también se produce en caso de perdón.

La reciente aprobación de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del delito supondrá un paso más en la intervención de la víctima en el proceso penal, en tanto que le reconoce un catálogo de derechos no sólo vinculados a la personación como parte del proceso, sino que también se prevé su participación en el proceso independientemente de dicha condición¹⁴¹, por lo que no será necesario que la víctima ejerza la acción penal para gozar de ciertos derechos durante el desarrollo del proceso.

VII. Víctimas y corrupción

A) ¿Delitos sin víctima?

Conforme a lo que hemos explicado en las páginas anteriores, la víctima podrá intervenir, con una extensión mayor o menor, en el proceso penal que se incoe por el delito del que ha sido ofendida. Su posibilidad de actuación en el proceso dependerá, por tanto, de su condición de víctima del mismo. Esta rela-

141 El análisis de esta trascendental norma excede con mucho la intención de estas páginas. Al respecto puede verse el detallado análisis de GOMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, cit., *passim*.

ción es relativamente fácil de establecer en un número importante de delitos, pero no podemos negar que las normas sustantivas, principalmente en los últimos tiempos, contemplan una serie de figuras delictivas en las que la fijación del ofendido por las mismas plantea muchas dificultades hasta el punto de plantearnos si realmente existe en esos casos una víctima.

Si atendemos al estudio de los distintos tipos penales que hemos relacionado con el fenómeno de la corrupción, tanto en España como en Alemania, podemos constatar que la mayoría de ellos consideran que el bien jurídico protegido por la norma no es un bien de titularidad individual, sino que se hace referencia a la Administración de Justicia, Hacienda Pública, libre mercado y bienes similares, cuya característica común es la imposibilidad de individualizarlos en un titular. La imposibilidad de concretar la titularidad del bien jurídico colectivo, lleva a considerar que estamos ante una tipología de delitos carentes de víctima.

Como hemos indicado previamente, esta falta de clara identificación individualizada de una víctima en estas modalidades de delitos supone uno de los mayores problemas para la efectiva persecución procesal de estas figuras, ya que la no existencia de un “ofendido individualmente” interesado afecta claramente a la incoación o puesta en conocimiento del delito a las autoridades. Tanto es así, que DOLLING considera que este “campo oscuro” debe “cubrirse” legalmente¹⁴², pues sólo la existencia de alguna forma de control, generalmente a nivel interno, permitirá el descubrimiento de los delitos¹⁴³.

¿Se puede realizar esta afirmación de manera tan tajante? Lo cierto es que parece que entre la negación de una víctima individualizada y concreta a la que otorgar la titularidad de bien jurídico protegido por la norma y la negación de la existencia de una víctima existe una posibilidad “intermedia” referida a titu-

142 DÖLLING, en DÖLLING, *Handbuch der Korruptionsprävention für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*, cit., p. 26.

143 V., lo dicho en la nota 31.

laridad colectiva de este tipo de bienes jurídicos¹⁴⁴; titularidad colectiva que —en los delitos que estamos analizando— se concretaría en la ciudadanía, pues no debemos olvidar que de lo que aquí se habla no es de una mera suma de intereses individuales, sino de bienes jurídicos que deben tener su propia sustantividad y protección, pues el Estado no tiene la obligación de proteger únicamente al individuo, titular de bienes concretos; sino que hoy es innegable que los ciudadanos, como miembros de la sociedad, exigen también la tutela de otros intereses que afectan a todos, como tales¹⁴⁵.

Los ordenamientos jurídicos no son, de hecho, ajenos a este tipo de reconocimientos. Así en el ámbito civil la posibilidad de que se permita el ejercicio de la acción ante los tribunales a una colectividad de sujetos que se consideran dañados o perjudicados por un hecho ya es comúnmente aceptada. Piénsese en las acciones colectivas reconocidas por la Ley de Enjuiciamiento civil o por la *Verbandsklage* o *Gruppenklage* en Alemania¹⁴⁶. En

144 La relación entre la víctima y la colectividad se realiza también por FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, cit., p. 125, en la propia definición de la víctima: “Persona, natural o jurídica, que individual o colectivamente, y de modo directo o indirecto, haya visto dañados o puestos en peligro bienes de su titularidad, o haya sufrido de algún modo daños, ya sean lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas, o menoscabos sustanciales de sus derechos, por causa de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente o, en su caso, las normas internacionales relativas a los derechos humanos”.

V., también, MARTÍN RIOS, M.P., *Víctima y Justicia penal (Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal)*, Ed. Atelier, Barcelona 2012, p. 51 y ss; RODRÍGUEZ TIRADO, A.M., *La víctima en el proceso penal por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Justicia 2000, p. 57 y ss.

145 TIEDEMANN, K., *Leipziger Kommentar StGB*, cit., p. 266; WOHLERS, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts- zur Dogmatik, moderner Gefährdungsdelikte*, cit., p. 213 y ss; ANASTASOPOULOU, I., *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, cit., p. 27 y ss

146 V., detalladamente, PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las acciones colectivas (Un estudio comparado)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, *passim*; BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Ed. Bosch, Barcelona 1995, *passim*; SILGUERO STAGNAN,

estos casos se permite que un grupo de personas o incluso un sujeto concreto (sería el supuesto de las *class actions* norteamericanas o del derecho italiano con alguna limitación) defiendan los intereses de una colectividad de afectados cuyos integrantes ni siquiera tienen porque estar determinada.

¿Es posible, por tanto, reconocer la existencia de intereses colectivos en el ámbito penal? En los textos penales encontramos delitos que persiguen proteger sujetos pasivos “masa”, en los que los afectados son, de manera conjunta, una pluralidad de sujetos. Igualmente existe bienes jurídicos protegidos por los códigos penales respecto a los que no puede cuantificarse o individualizarse la titularidad que corresponde a cada uno (el caso típico son los delitos contra el medio ambiente), de forma que ningún individuo tiene la titularidad en exclusiva, pero al tiempo son todos titulares del bien, por el hecho de pertenecer a una colectividad¹⁴⁷.

B) ¿Qué puede hacer la víctima?

Partiendo de que es necesario que a través de los tribunales penales estos bienes jurídicos colectivos tengan también su

J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Ed. Dykinson 1995, *passim*; LOZANO-HIGUERO Y PINTO, M., *La Protección Procesal de los Intereses Difusos*, Imprenta Rufino García Blanco, Madrid, 1981, *passim*.

- 147 SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada 2003, p. 193 y ss; PEREZ GIL, J., *La acusación popular*, Ed. Comares, Granada 1998, p. 621 y 625, quien considera que estos bienes resultan coincidentes con el objeto de organizaciones políticas, sociales o económicas, que se “asocian” para su mejor defensa. Al igual que ocurre en el ámbito civil, el fenómeno asociativo adquiere aquí una importancia fundamental.

QUINTERO OLIVARES, G., *La acción popular: Pasado, presente y futuro de una institución controvertida*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 2015, núm. 37, afirma que ante esta realidad sería necesaria la “revisión del concepto de perjudicado”, condición imprescindible para el ejercicio de la acción penal.

protección, lo que nos debemos plantear ahora es cómo van a defenderse ante los tribunales, partiendo de los instrumentos que la víctima o víctimas tienen a su disposición para poder intervenir en el mismo y que acabamos de exponer.

Centrándonos en nuestro ordenamiento, parece evidente que la posibilidad que estas víctimas colectivas pudieran perseguir delitos relacionados con la corrupción a través de la acción particular es muy difícil, pues la misma está pensando en una víctima individualizada. La regulación que la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace de la acción particular no está preparada para asumir este tipo de litigación, y ello pese a que no podemos olvidar que estamos partiendo de que estas víctimas, que se agrupan para proteger un interés común, son ofendidas por el delito en un sentido amplio, pero la imposibilidad de concretar individualmente en cada una de ellas el bien jurídico dificulta el reconocimiento de su titularidad. Insistimos, no obstante, que esta era la mayor objeción que se hacía al reconocimiento de legitimación de los grupos de afectados en el proceso civil; objeción que hoy está superada.

Más evidente es esta circunstancia en el caso del ordenamiento jurídico alemán en que la posibilidad de ejercicio de la acción penal por la víctima del delito está mucho más limitada a través de la *Nebenklage*, en el sentido analizado en las páginas anteriores. El tipo de delito que estamos estudiando no admite, a priori, esta modalidad de la acción por lo que la discusión sobre su viabilidad se zanja de forma rápida.

A la luz de las posibilidades que nuestro ordenamiento jurídico ofrece en estos momentos la más evidente se plasma en el ejercicio de la acción popular (art. 125 CE)¹⁴⁸. Muy bre-

148 PEREZ GIL, J., *La acusación popular*, Ed. Comares, Granada 1998; OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular (pautas para una futura regulación legal)*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2003, p. 19 y ss; MORENO CATENA, V., *El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma*, en “Sistemas penales europeos”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2002, p. 37 y 38; GIMENO SENDRA, V., *La acusación*

vemente recordemos que la legitimación para la interposición de la acción popular se reconoce a los ciudadanos españoles, no exigiéndole que sean los titulares del bien jurídico protegido por el delito, defendiendo así el interés público o general, afirmando el *ius puniendi* del Estado¹⁴⁹.

Su actual configuración permite a la acción popular convertirse, en la lucha contra la corrupción, en un instrumento fundamental para el enjuiciamiento de estas figuras. Es cierto que el Ministerio Fiscal, titular de la acción penal pública, es quien debe velar por la protección de los ciudadanos ante este tipo de delitos, pero el hecho de que junto con la acción penal pública pueda interponerse la acción popular nos da, como ciudadanos, la tranquilidad de que la persecución de estos hechos delictivos, que tanto están minando la confianza de los ciudadanos en los actores de la política y de quien con ellos se relacionan, no quedará impune o a “expensas” de la voluntad del Ministerio Fiscal.

Algo parecido podríamos decir aparenemente del procedimiento para forzar la acusación en el derecho alemán, si bien éste tiene —al respecto— una limitación muy importante pues sólo se reconoce al ofendido por el delito. Esto supone que de no considerar que todos como ciudadanos somos ofendidos y víctimas reales de este tipo de delitos, este mecanismo de control de

popular, Revista del Poder Judicial 1993, núm. 31, p. 3 y ss; FERREIRO BAAMONDE, X., *¿Hacia dónde camina la acción popular?*, Revista de Derecho y Proceso Penal 2012, núm. 28, p. 57 y ss. S TS de 10 de julio de 1995 (RA 5400); QUINTERO OLIVARES, G., *La acción popular: Pasado, presente y futuro de una institución controvertida*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 2015, núm. 37; CATALINA BENAVENTE, M.A., *Algunas consideraciones respecto al ejercicio de la acusación particular y popular en los procesos por terrorismo*, en VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS/GUINARTE CABADA, (Dir), “Hacia un sistema penal orientado a las víctimas. El estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 24 y ss.

149 Como afirma FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, cit., p. 257, estamos ante una “vía para permitir entrada a las inquietudes sociales”.

la actuación del Ministerio Fiscal no podría cumplir su función en estos casos.

Dicho esto, y con una perspectiva de futuro, ¿es correcto hacer depender parcialmente la persecución de estos delitos de un mecanismo, como la acción popular, que de un tiempo a esta parte no está exento de polémica?¹⁵⁰ ¿Y si el legislador

150 No son pocas las críticas que ha recibido y recibe la acción popular, tanto por parte de la doctrina como desde la jurisprudencia de nuestros Tribunales, Constitucional (Sentencias 154/1997, de 29 de diciembre, 311/2006, de 23 de octubre) y Supremo (Casos Botín y Atutxa, si bien en ambas hay importantes votos particulares) por entender que la inclusión en el proceso ejerciendo la acción penal, y “casi” en igualdad de condiciones que el Ministerio Fiscal y el acusador particular, de quien no ha resultado perjudicado u ofendido por el delito puede provocar un abuso o uso malintencionado de la misma, con fines políticos, por ejemplo.

No olvidemos que las S TS núm. 1045/2007 de 17 de diciembre, caso Botín (RA 8844) y la S TS núm. 54/2008, de 9 de abril, caso Atutxa (RA 1325), supusieron un claro peligro para la acción popular por la interpretación que de la misma se hace por dicho Tribunal, en tanto que se consideró que solicitado el sobreseimiento por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, el tribunal debe decretar este aún en el caso de la acción popular personada instara la apertura del juicio oral, con una interpretación muy restrictiva de los prevenido en el art. 782 Lecrim, estableciendo una clara distinción entre el interés del perjudicado por el delito y el representante de un interés popular. V., sobre dicha jurisprudencia, JORGE BARREIRO, A., *Jurisprudencia de oportunidad: El ocaso de la acción popular*, Jueces para la democracia 2008, núm. 61, p. 9 y ss; CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo Proceso Penal (Investigación y juicio de acusación)*, Estudios Penales y Criminológicos 2009, p. 239 y ss; GIMÉNEZ GARCÍA, J., *Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Eguzquillore 2009, núm. 23, p. 317 y ss; GIMENO SENDRA, V., *La doctrina del Tribunal Supremo sobre la acción popular. Los casos Botín y Atutxa*, La Ley 2008, núm. 6970; ORTEGÓ PÉREZ, F., *La acción popular en el punto de mira*, Iuris 2008, p. 17 y ss; QUINTERO OLIVARES, G., *La acción popular: Pasado, presente y futuro de una institución controvertida*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 2015, núm. 37; FERREIRO BAAMONDE, X., *¿Hacia dónde camina la acción popular?*, Revista de Derecho y Proceso Penal 2012, núm. 28, p. 61 y ss, quien afirma que “tras la vuelta de tuerca que el Tribunal Supremo da a su propia doctrina en la sentencia del caso Atutxa - sólo puede acusar de modo autónomo cuando representa un interés difuso... supone también la defensa de un interés pro-

decide limitar, restringir o incluso eliminar este instrumento?¹⁵¹. No obstante lo dicho, el ejercicio de la acción popular desde la perspectiva aquí planteada plantea un inconveniente, ya que la legitimación para el ejercicio de la misma se reconoce a quien no es ofendido por el delito.

Al igual que ocurre en proceso civil, una respuesta adecuada a la protección de estos intereses debería partir del reconocimiento de los intereses colectivos como intereses con sustantividad propia necesitados y merecederos de protección específica por el ordenamiento¹⁵². El art. 7.3 LOPJ permite claramente dicho reconocimiento, de forma parecida a como se ha hecho en el proceso civil.

pio, aunque compartido, pudiendo actuar, en los restantes casos, como un mero coadyuvante del Ministerio Fiscal o del acusador particular”.

- 151 La última versión del texto de reforma integral de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aún reconociendo el fundamento constitucional de esta figura, reconoce que “La acción popular ha de tener límites subjetivos inherentes a su fundamento participativo. Frente al uso distorsionado que se ha hecho de la misma, ninguna persona jurídica pública debe acudir a este instrumento convirtiéndose *ad hoc* en una especie de Ministerio Fiscal paralelo o alternativo”. Por ello, limita tanto la posibilidad de que ciertos colectivos puedan ejercitarlas (por ejemplo, partidos políticos o sindicatos) o que pueda utilizarse en determinados delitos.
- 152 PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las acciones colectivas (Un estudio comparado)*, cit. Como afirma PEREZ GIL, J., *La acusación popular*, cit., p. 634 y ss, estos intereses responde a una realidad distinta a la de la acción popular que debería tener un reconocimiento expreso. Concretamente propone este autor, con el que estamos de acuerdo, un tipo de legitimación específica para la tutela de estos intereses más restringida que la que supone la acción popular, más próxima a la acusación particular, pero consciente del carácter supraindividual del bien a proteger. En sentido parecido, FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, cit., p. 143; IDEM, *¿Hacia dónde camina la acción popular?*, *Revista de Derecho y Proceso Penal* 2012, núm. 28, p. 81 y ss quien considera que se produce así “una ampliación del concepto de ofendido, dando entrada al acusador popular en defensa de determinados bienes jurídicos... en los delitos no haya otro ofendido que la propia comunidad”; RODRÍGUEZ TIRADO, A.M., *La víctima en el proceso penal por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, *Justicia* 2000, p. 74; SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 194.

A lo dicho respecto a la acción popular, debemos añadir que la reciente reforma operada en la Lecrim por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, concretamente el art. 109bis en su punto 3 legitima para el ejercicio de la acción penal a las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que se autorizara por la víctima del delito. Es decir, el art. 109bis Lecrim añade un nuevo elemento que podría alcanzar una importancia fundamental en esta materia, pues permite que asociaciones (de víctimas) e incluso personas jurídicas que tengan entre sus fines la protección de las mismas puedan ejercer la acción penal en defensa de los derechos de las víctimas¹⁵³. Nuevamente, como ya ocurrió en el proceso civil, el asociacionismo va a jugar un papel muy destacable en la defensa de las víctimas, sin limitar el tipo de delito.

Reconocida la existencia de estos intereses y la necesidad de tutela de los mismos, se trata de —como se ha hecho en el proceso civil— adecuar los mecanismos de participación de la víctima en el proceso para encauzar de manera efectiva su protección, bien sea a través de un replanteamiento de la acción popular o del nuevo art. 109bis. 3 Lecrim.

153 El TC ya en su Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, caso Violeta Friedmann v. León Dregelle reconoció el derecho de las personas jurídicas a defender los intereses de un colectivo indeterminado de víctimas. Sobre el fundamental papel de las asociaciones de víctimas en los delitos de terrorismo, v., CATALINA BENAVENTE, M.A., *Algunas consideraciones respecto al ejercicio de la acusación particular y popular en los procesos por terrorismo*, en VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEJAS/GUINARTE CABAÑA, (Dir), “Hacia un sistema penal orientado a las víctimas...”, cit., p. 24 y ss.