

La participación española en acciones internacionales contra la corrupción

ALICIA CEBADA ROMERO (*)

En materia de lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales España ha ratificado los Convenios celebrados respectivamente en el marco de la UE y de la OCDE. Sólo este último está en vigor. Recientemente la legislación penal española ha sido sometida a examen con objeto de comprobar si se adecua al Convenio OCDE. En esta evaluación se han detectado un incumplimiento y varias deficiencias. El artículo 445 bis del Código Penal español introduce, en aplicación del Convenio OCDE, el delito de corrupción a agente público extranjero en las transacciones comerciales internacionales. Se trata de una transposición precipitada que presenta numerosos problemas que dificultarán sin duda la aplicación del precepto por parte de los tribunales.

I. Consideraciones generales

La corrupción está muy presente en el comercio internacional y sus efectos nocivos son bien conocidos: obstaculiza el desarrollo económico de los Estados que la sufren, distorsionan la competencia y los flujos comerciales, carcomen la democracia, corroyendo paulatinamente la confianza de los ciudadanos en la honradez de las Instituciones, etc. No descubrimos nada nuevo si aludimos a la complejidad del problema. Por un lado tiene multitud de causas por lo que la solución no puede ser simple sino que debe consistir en un conglomerado de medidas (1). De otro lado sus dimensiones son universales y por ello los esfuerzos unilaterales resultan poco eficaces, de hecho los países que quieren actuar en solitario corren el riesgo de colocar a sus empresas en una situación de desventaja competitiva y tienen muy pocas probabilidades de obtener éxito en su cruzada contra este tipo de prácticas. Este fue el motivo principal de que EE.UU. (uno de los pocos países que cuentan con una legislación interna que proscribiera el soborno transnacional) (2) impulsase decididamente la elaboración del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, negociado en el seno de la OCDE y firmado en París en 1997 (en adelante Convenio OCDE) (3). La corrupción también puede apuntar al sector privado, pero nosotros, en este traba-

jo, nos vamos a ocupar únicamente del soborno transnacional a agentes públicos extranjeros.

De la gravedad y trascendencia del problema da fe la amplitud de los esfuerzos que los Estados están haciendo para erradicarlo. Estos esfuerzos no se han concentrado en un único foro internacional sino que al contrario son varias las organizaciones internacionales que han servido de escenario a la lucha de sus Estados miembros contra la corrupción en el comercio internacional (4). Son ilustrativas en este sentido las acciones emprendidas en el seno de la Unión Europea, de la Organización de Estados Americanos, del Consejo de Europa o de las Naciones Unidas. La Organización de Estados Americanos fue una de las pioneras y en su seno se adoptó, en marzo de 1996, la Convención Interamericana que entre otros aspectos de la corrupción se ocupa del soborno transnacional (artículo VIII) (5). En el ámbito de la Unión Europea los Estados miembros han reiterado su intención de luchar contra la corrupción y se han adoptado diversos instrumentos entre los que destaca el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante Convenio UE) (6) que regula *inter alia* la corrupción activa transnacional en el ámbito de la Unión. En el Consejo de Europa también se han adoptado dos Convenciones, una civil y otra penal,

(*) Alicia Cebada Romero es Profesora en Derecho Internacional Público. Universidad Carlos III. Madrid.

contra la corrupción (7). En Naciones Unidas no se ha pasado hasta ahora de las declaraciones (8).

Lo cierto es, sin embargo, que esta diversidad de acciones ha producido magros resultados. En este sentido, el informe 2002 de la ONG *Transparency International* sobre la propensión de los países al soborno transnacional da, una vez más, la voz de alarma. Se trata de un informe elaborado sobre la base de una encuesta realizada en quince países con economías emergentes. Lo que se percibe en estos países es que no se ha puesto coto a la corrupción. Según este informe los Estados en los que se detecta una mayor propensión a practicar el soborno transnacional serían (por orden de mayor a menor propensión): Rusia, China, Taiwan, Corea del Sur, Italia, Malasia, Japón, EE.UU., Francia y España (9). Los menos propensos serían Australia, Suecia, Suiza, Austria y Canadá. De entre los países donde se registra una mayor tendencia a practicar el soborno transnacional activo hay algunos que no han firmado el Convenio OCDE (Rusia, China, Taiwan y Malasia), pero otros que sí lo han hecho (el resto). Incluso, hay uno —EEUU— que, como ya se ha dicho, cuenta con una legislación interna que penaliza el soborno a agentes públicos extranjeros por parte de sus empresas.

*Ni la vigencia del Convenio OCDE
ni la existencia de leyes internas
contra la corrupción transnacional
bastan para erradicar el soborno
en las transacciones comerciales
internacionales*

Pues bien, parece que ni la vigencia del Convenio OCDE ni la existencia de leyes internas contra la corrupción transnacional bastan para erradicar el soborno en las transacciones comerciales internacionales. La misma lectura se puede hacer de la escasa eficacia de la Convención interamericana que no ha evitado que determinadas zonas de América Latina sigan siendo campo abonado para el desarrollo de prácticas corruptas de todo tipo, a las que muchos achacan la inoperancia de algunos Estados latinoamericanos para despegar económicamente de manera definitiva.

Pero el informe de *Transparency International* revela otro dato aún más alarmante, que es el amplio desconocimiento del Convenio OCDE detectado en los países en que se realizó la encuesta. Las empresas no perciben como una amenaza real el eventual enjuiciamiento por haber realizado prácticas corruptas. Esto nos lleva a poner de manifiesto lo que debería ser evidente y es que no basta con la adopción de normas sino que hay que aplicarlas para evitar que se conviertan en

testimonio de la impotencia. En este sentido es ilustrativo el hecho de que en España el artículo 445 bis del Código Penal en el que se tipifica el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales, en cumplimiento del Convenio OCDE, no se ha aplicado, a pesar de que nuestro país no está precisamente libre de culpa.

*La tipificación penal
de las conductas
y la correspondiente aplicación
de las normas contra la corrupción
deben ir acompañadas
de otro tipo de medidas*

Los datos del informe de *Transparency International* sirven, pues, para corroborar que el fenómeno de la corrupción es muy difícil de erradicar y que no se conseguirá este resultado con una solución parcial. La tipificación penal de las conductas y la correspondiente aplicación de las normas contra la corrupción deben ir acompañadas de otro tipo de medidas como el incremento de los salarios de los funcionarios públicos, el aumento de la transparencia de la administración, el incremento de los sistemas de vigilancia y control, la desaparición de los incentivos fiscales al pago de comisiones ilegales, etc. (10).

II. El Convenio OCDE

Como ya hemos tenido ocasión de mencionar fue EE.UU. el que impulsó, en el seno de la OCDE, la lucha contra la corrupción en las transacciones internacionales (11). Antes de la adopción del Convenio de 1997, el Grupo de trabajo de la OCDE contra la corrupción había elaborado una Recomendación sobre el mismo tema que fue aprobada por el Consejo de la OCDE en 1994 (12).

La Recomendación no tiene carácter vinculante, pero la existencia de un mecanismo de evaluación de su aplicación es una muestra de que los Estados estaban dispuestos a cumplirla. La disposición mencionada se refería a la necesidad de que los Estados miembros examinaran y reformaran, en su caso, sus respectivos Derechos internos para tratar de arbitrar mecanismos y herramientas que evitasen los pagos de comisiones ilegales.

La Recomendación fue revisada en 1997 (13) y en la nueva redacción se habla ya de la tipificación penal de la corrupción de agentes públicos extranjeros. Además, los Estados se comprometieron a elaborar un Convenio internacional sobre la materia.

El objetivo primordial del Convenio OCDE es que los Estados partes tipifiquen como delito la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales

Ya hemos mencionado que el Convenio OCDE se firmó en noviembre de 1997. Hasta ahora treinta y cuatro países han depositado sus instrumentos de ratificación, cinco de los cuales no son miembros de la OCDE (Brasil, Argentina, Bulgaria, Chile y Eslovenia). Este Convenio tiene un objetivo preciso: tipificar como delito la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Se abre pues con una definición del delito (artículo 1), estableciéndose para las Partes la obligación de introducirlo en sus respectivas legislaciones penales.

No vamos a analizar con detalle este acuerdo internacional, que ya lleva varios años en vigor y que, por tanto, ha sido repetidamente estudiado y lo ha sido incluso en las páginas de esta misma revista a las que me remito (14), pero sí vamos a tratar de examinar la aplicación que en España se ha hecho del mismo.

III. La aplicación del Convenio OCDE en España

El Convenio OCDE ha sido recientemente publicado en el BOE (15) poniendo fin a una situación irregular, a saber, la falta de publicación de un acuerdo internacional que había sido ratificado por España y que, por tanto y desde la perspectiva del Derecho internacional, era vinculante para nuestro país.

En efecto, el Convenio en cuestión había sido firmado por España el 17 de diciembre de 1997, en París, y el instrumento de ratificación se había depositado el 12 de enero de 2000. De acuerdo con el artículo 15 del propio Convenio éste había entrado en vigor para nuestro país el 4 de marzo de 2000 (16). En aplicación del Convenio se reformó el Código Penal español, mediante la LO 3/2000, de 11 de enero, que introdujo el nuevo Título XIX bis con un único artículo, el 445 bis, que tipifica, el delito de *corrupción en las transacciones comerciales internacionales*.

La no coincidencia entre la entrada en vigor para nuestro país de un acuerdo internacional y la publicación oficial del mismo en nuestro ordenamiento origina algunos problemas. Como es sabido en el ordenamiento jurídico español se aplica un sistema de recepción automática de los acuerdos internacionales. Los artículos 96 de la Constitución Española y 1.5 del Código Civil son los que establecen las coordenadas de este sis-

tema. En virtud del artículo 96.1 de la Constitución, la publicación oficial del acuerdo en España no constituye un acto de transmutación de la norma internacional en norma interna, ni tampoco se concibe como un requisito para que el Estado se considere obligado por la norma internacional. La vinculación del Estado respecto a un tratado internacional, en nuestro sistema jurídico, viene determinada por las reglas del Derecho internacional y por tanto a pesar de la ausencia de publicación del Convenio de la OCDE en nuestro país lo cierto es que éste vinculaba internacionalmente al Estado español puesto que según lo dispuesto en el Convenio se había producido la entrada en vigor del mismo en relación con nuestro país. Ahora bien, la publicación sí es una condición de aplicabilidad de los acuerdos internacionales por parte de los órganos internos. En efecto, no sería admisible que se perjudicase jurídicamente a los particulares mediante la aplicación de un texto no publicado oficialmente. La única excepción a la regla de la publicación como condición de aplicabilidad sería que la aplicación del acuerdo fuese beneficiosa para «todos los particulares afectados» (17).

Así pues las disfunciones ocasionadas por la falta de publicación de acuerdos internacionales que ya están en vigor para España no constituyen un problema meramente teórico, y se debe exigir que este tipo de situaciones no se repitan con tanta frecuencia. En el caso del Convenio OCDE España ha reconocido que algunas de sus disposiciones tienen efecto directo (como es el caso del artículo 1.4.a que establece una definición de «agente público extranjero», a la que nuestros jueces se verían abocados a acudir por no existir una definición en nuestro Código Penal) y, sin embargo, no habrían podido ser aplicadas por nuestros tribunales hasta el momento en que el acuerdo ha sido efectivamente publicado.

El Convenio OCDE establece un mecanismo de seguimiento y evaluación que consta de dos fases. Este seguimiento se realiza, en los términos del artículo 12, por el Grupo de trabajo de la OCDE contra la corrupción. En una primera fase, iniciada en abril de 1999, se ha analizado la legislación interna y la jurisprudencia de los Estados partes para determinar si está en conformidad con el Convenio. En una segunda fase se prevé controlar la aplicación que se ha hecho de esa legislación para comprobar su verdadera eficacia (18).

Nuestro país no ha pasado con sobresaliente el examen del Grupo de trabajo de la OCDE contra la corrupción, pues en nuestra legislación se han detectado algunas deficiencias amén de un incumplimiento

En la Fase 1 han sido supervisados ya treinta países, entre los cuales se encuentra España (19). Nuestro país no ha pasado con sobresaliente el examen del Grupo de trabajo de la OCDE contra la corrupción, pues en nuestra legislación se han detectado algunas deficiencias amén de un incumplimiento.

En nuestro país la sanción del delito se vincula con las sanciones previstas para el delito de cohecho de un funcionario nacional

En España el Convenio OCDE se desarrolló, como ya se ha dicho, mediante la reforma del Código Penal para introducir el artículo 445 bis, que tipifica el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales en los siguientes términos:

«Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieren a 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 u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.»

En nuestro país la sanción del delito se vincula pues con las sanciones previstas para el delito de cohecho de un funcionario nacional (20). Estas sanciones se recogen en los artículos 419 a 421, 425 y 426 del Código Penal. Sin embargo, en su Informe al Grupo de trabajo contra la corrupción, nuestro país aclaró que al delito tipificado en el artículo 445 bis, y aunque no se haya indicado expresamente en el mismo, sólo le son de aplicación las sanciones previstas en los artículos 419, 420 y 421 del Código Penal. Se podrá sancionar por tanto una acción cuando se realice para corromper a un agente público extranjero con objeto de que: a) realice, en el ejercicio de su cargo, una acción u omisión que constituya delito en su país; b) realice un acto injusto, aunque no constituya delito, definiéndose el carácter injusto de acuerdo con la legislación del país al que pertenece el agente público; c) se abstenga de realizar un acto propio del ejercicio de su cargo. Al excluirse la aplicación de los artículos 425 y 426 del Código Penal se está reconociendo que los pagos de «lubricación» o «facilitación», que se hacen para conseguir que los funcionarios públicos cumplan diligentemente con las

tareas asociadas a sus correspondientes cargos, no estarían incluidos en el tipo objetivo del artículo 445 bis. Los *pagos de facilitación* se corresponderían en nuestro ordenamiento y desde la perspectiva de la actividad del funcionario, con el cohecho impropio. Cuando se negoció el Convenio OCDE se estimó que no era necesario incluir estas actividades en el ámbito de aplicación material del Convenio porque se trataba de un fenómeno que se podía afrontar con éxito por el Derecho interno, de manera que la «tipificación como delito por parte de otros países no parece una actuación complementaria práctica ni eficaz» (21). En consecuencia estas prácticas quedaron excluidas del tipo objetivo del delito de corrupción definido en el artículo 1 del Convenio OCDE. España alegó ante el examen del Grupo de trabajo contra la corrupción que a cualquier juez español le quedaría claro, a la vista del tenor literal del Convenio, que los artículos 425 y 426 del Código Penal, que tipifican el cohecho impropio, no resultan aplicables en relación con el artículo 445 bis. Esto, sin embargo, está por ver porque a la hora de interpretar el artículo 445 bis los jueces españoles no tienen por qué limitarse a utilizar el Convenio OCDE como punto de referencia, sino que también podrían utilizar otros acuerdos internacionales en los que España sea Parte. Por ejemplo podrían acudir al Convenio de la UE, una vez que éste entre en vigor, y se encontrarían con que los pagos de facilitación sí se incluyen en la definición del delito de corrupción activa que se recoge en este último Convenio. En el Informe explicativo sobre el Convenio UE relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (22) se dice expresamente en el punto 2.6 (referido a la corrupción pasiva): «... Los Derechos de algunos Estados miembros incluyen también los casos en que un funcionario, en contra de la obligación de su cargo de actuar imparcialmente, recibe una ventaja por actuar de conformidad con sus funciones (por ejemplo, dar un trato preferente acelerando o suspendiendo la tramitación de un asunto). El presente artículo cubre estos casos». Y en el apartado 3.4, referido a la corrupción activa, se hace una remisión al punto 2.6 al que hemos hecho referencia. A la luz de estas declaraciones parece que, por lo menos en los Estados en que esté tipificado el cohecho impropio, los casos de *pagos de facilitación* se deberán considerar también como corrupción activa y entrarían dentro del ámbito de aplicación del Convenio UE. Así pues, no es tan evidente que nuestros jueces lo vayan a tener tan claro a la hora de delimitar el tipo objetivo en el sentido especificado por el Gobierno español.

Por otra parte, el Grupo de trabajo de la OCDE considera que a la vista de este conjunto de disposiciones

se suscitan ciertas dudas acerca de si la legislación española cubre los supuestos en que se influye sobre el agente público extranjero para que decida en un determinado sentido en el uso de un poder discrecional, cuando esa decisión no constituye una infracción ni un acto injusto en virtud de la legislación del país del funcionario extranjero, pero sí se puede incluir en la definición que el Convenio OCDE hace del delito. Como es sabido, en el ordenamiento jurídico español la *discrecionalidad* no quiere decir *arbitrariedad*, de manera que la actividad discrecional puede ser controlada con el fin de comprobar si resulta o no justa. Hay diversas posiciones doctrinales en relación con la identificación de los elementos relevantes para detectar esa injusticia en el caso de la corrupción de los funcionarios (23). Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español resulta así difícil de entender la precisión del Grupo de trabajo OCDE puesto que en nuestro país si el acto discrecional del funcionario no es injusto, ni ilegal podría ser como máximo constitutivo de un delito de cohecho impropio y como hemos dicho esta actuación queda fuera del ámbito de aplicación del Convenio OCDE. En realidad el problema que detecta el Grupo de Trabajo es una consecuencia de que el Convenio OCDE no contempla la bilateralidad del delito de corrupción, regulando tan sólo la corrupción activa y no la pasiva (24).

Queremos mencionar también que aunque el Convenio OCDE, en su artículo 1.2 deja abierta a los Estados partes la posibilidad de tipificar como delito la con-fabulación para corromper a un funcionario extranjero, España no ha hecho uso de esa posibilidad por lo que esta conducta no constituye delito en nuestro país.

Nuestro Código Penal carece de una definición de «agente público extranjero»

Otra de las deficiencias detectadas por el Grupo de trabajo contra la corrupción es la ausencia en nuestro Código Penal de una definición de *Agente público extranjero* (25). Las autoridades españolas se justificaron indicando que los tribunales españoles podrían aplicar el Convenio en este punto, pues el artículo 1.4 a) (que es el que establece la definición de agente público extranjero) se debía considerar dotado de efecto directo. No obstante el Grupo de trabajo pone acertadamente de manifiesto que al no existir en nuestro ordenamiento una definición autónoma podría surgir en el futuro un conflicto «entre la definición del Convenio OCDE y la que ofrezca otro convenio que se aplicara a la corrupción de un agente público extranjero». El Convenio UE, por ejemplo, define al agente

público sobre la base de una remisión a la definición de funcionario que se haga en el ordenamiento jurídico del Estado al que éste pertenece, con la posibilidad de aplicar una doble cualificación, es decir, de verificar que esa definición es compatible con la definición del Estado del foro (artículo 1.c del Convenio UE). Esta definición no coincide con la del Convenio OCDE, siendo posible que una persona que podría quedar encuadrada en la definición de agente público que hace este último convenio, no sea considerada «funcionario» por parte de algún Estado miembro de la UE (26). En este caso debería aplicarse la definición del Convenio OCDE.

Otra imperfección detectada en la legislación española por el Grupo de trabajo es la excesiva suavidad de las penas

Otra imperfección detectada en la legislación española por el Grupo de trabajo es la excesiva suavidad de las penas (27). En virtud de la legislación penal española, cuando se corrompe a un funcionario para que realice un acto constitutivo de delito, junto a una multa, se establece una pena de prisión de 2 a 6 años; cuando se pretende que el funcionario realice un acto injusto se prevé, además de una multa, una pena de prisión de 1 a 4 años o de 1 a 2 años en caso de que no se llegue a ejecutar el acto; por último cuando el que soborna pretende que el funcionario se abstenga de realizar un acto propio del ejercicio de su cargo ni siquiera se establece pena de prisión, sino tan sólo de multa e inhabilitación. Para cualquiera de estos tres supuestos, el artículo 423 prevé una atenuación de la pena, en un grado, si el acto de corrupción responde a una previa solicitud del funcionario. Resulta pues que hay casos de corrupción que no llevan aparejada la pena de prisión y hay otros en los que, aunque se prevé la prisión la privación de libertad no llega a tener la duración suficiente (un año) para hacer posible la extradición. En el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción negociado entre los Estados miembros de la Unión Europea en el marco del tercer pilar (28), se establece en el artículo 5.1 que las sanciones penales deben ser «eficaces, proporcionadas y disuasorias, que incluyan, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición». Por tanto se deja subsistir la posibilidad de que determinados actos de corrupción no sean sancionados con la privación de libertad. De hecho en el informe explicativo sobre el Convenio se dice expresamente que «... los Estados miembros tienen cierto margen al determinar la naturaleza y severidad de las penas que puedan ser impuestas. Éstas no tienen que ser, necesari-

riamente, privativas de libertad: también será posible imponer multas como alternativa al encarcelamiento o además de éste. En casos graves, el Convenio, no obstante, sí exige que los Estados miembros establezcan penas privativas de libertad, que pueden dar lugar a la extradición. En cualquier caso, corresponderá a los Estados miembros decidir qué criterios o elementos de hecho determinarán la gravedad de una infracción a la luz de sus respectivas tradiciones jurídicas» (29). En este aspecto concreto se aprecia una diferencia con el artículo 3.1 del Convenio OCDE que en relación con las sanciones establece que «La corrupción de un agente público extranjero podrá castigarse con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias. La escala de penas será comparable a las aplicables a la corrupción de los agentes públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirá la privación de libertad en el grado suficiente para permitir una asistencia judicial mutua efectiva y la extradición». En realidad no hay ninguna incompatibilidad, en sentido estricto, entre los dos Convenios en este punto concreto, lo único que sucede es que uno reclama la imposición de penas más rigurosas que el otro. Cumpliendo el compromiso asumido al ratificar el Convenio OCDE se cumple también lo previsto en el Convenio de la UE.

El Grupo de trabajo considera que los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los supuestos de corrupción son insuficientes

El artículo 7 del Convenio OCDE alude a la conexión entre el delito de corrupción y el de blanqueo de dinero. Nuestro Código Penal tipifica este último delito en el artículo 301 que se refiere únicamente a los bienes que tienen su origen en un delito grave. Un delito grave es el que lleva aparejada una pena de prisión superior a 3 años, por lo que —como pone de relieve el Grupo de trabajo en su Informe— hay determinados supuestos de soborno a funcionario extranjero que no están conectados con el delito de blanqueo de dinero. No obstante, esta situación no supone un incumplimiento del Convenio, pues éste, en su artículo 7, no establece la obligación de establecer esta conexión, sino que dice simplemente que «cada Parte que haya tipificado como delito conexo, a efectos de la aplicación de su legislación sobre blanqueo de dinero, la corrupción de sus propios agentes públicos, hará lo mismo y en las mismas condiciones respecto de la corrupción de un agente público extranjero, sin tener en cuenta el lugar en que haya tenido lugar la corrupción».

Antes hemos mencionado que el Grupo de trabajo contra la corrupción no sólo había detectado deficiencias en la legislación española sino también lo que califica como un incumplimiento. Este incumplimiento afecta al artículo 2 del Convenio OCDE, concerniente a la responsabilidad de las personas jurídicas (30). En España las personas jurídicas no pueden ser penalmente responsables, lo cual está permitido por el Convenio que sin embargo exige que, en este caso, se tomen medidas administrativas equivalentes (31). En España se prevé por un lado (artículo 31 del Código Penal) la responsabilidad criminal del administrador de una persona jurídica «aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito o falta requiera para poder ser sujeto o activo del mismo si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre». Por otro lado, cuando un administrador o representante de una persona jurídica ha cometido un ilícito penal en su nombre, en virtud del artículo 20.a de la Ley 13/1995 sobre los contratos de las Administraciones Públicas, modificada mediante la Ley 53/1999, se prohíbe a esa persona jurídica concluir contratos con la Administración pública española durante un tiempo máximo de 8 años. Por último las personas jurídicas incurrir en responsabilidad civil subsidiaria (artículos 116 y 120 del Código Penal) por los perjuicios derivados de las infracciones cometidas en su nombre. Pues bien, el Grupo de trabajo considera que los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los supuestos de corrupción son insuficientes y que, por tanto, deberán ser ampliados. Es un aspecto pues que exige una actuación por parte del legislador español (32).

IV. La participación de España en otros instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros

A lo largo de este trabajo hemos hecho referencia a algunos Convenios internacionales contra la corrupción adoptados en el ámbito europeo. En relación con las dos Convenciones, civil y penal, negociadas en el seno del Consejo de Europa, hay que decir que España no ha ratificado ninguna de las dos. El Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa ha recomendado a España la ratificación de ambos Convenios (33), sin embargo el Gobierno español se niega a hacerlo alegando que dichas ratificaciones constituirían un reconocimiento implícito de la soberanía de las autoridades gibraltareñas sobre el Peñón (34).

España ha ratificado el Convenio UE que, sin embargo, todavía no ha entrado en vigor

En la Unión Europea también se han realizado diversas acciones en contra de la corrupción. Ya hemos hecho repetidas referencias al Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Este Convenio es más amplio que el de la OCDE en cuanto a su ámbito material de aplicación, pues regula no sólo la corrupción activa sino también la pasiva, lo que resulta coherente con la bilateralidad de este delito.

España ha ratificado el Convenio UE que, sin embargo, todavía no ha entrado en vigor. De acuerdo con el artículo 13 de este Convenio, para la entrada en vigor del mismo se exige su ratificación por parte de todos y cada uno de los Estados miembros de la UE. En este momento faltan todavía las ratificaciones de Alemania, Luxemburgo, Bélgica, Italia e Irlanda. No obstante, el artículo 13 del Convenio, en su párrafo 4 (35), especifica que se puede producir una aplicación provisional del mismo entre los Estados que lo hayan ratificado y que hayan admitido dicha aplicación mediante declaración aneja al acto de ratificación. Hasta el momento sólo cuatro Estados han aceptado que el Convenio se les aplique provisionalmente en tanto no entre en vigor de manera definitiva. Se trata de Dinamarca, Portugal, Suecia y Austria, por lo que el acuerdo se aplica provisionalmente a las relaciones entre estos Estados (36). España no está entre los Estados que han aceptado la aplicación provisional del Convenio por lo que éste no se aplica por el momento en nuestro país.

Una vez que el Convenio de la UE entre en vigor y en los supuestos de soborno a un funcionario de las Comunidades Europeas o de alguno de los Estados miembros de la UE (37), habrá que determinar si resulta de aplicación el Convenio OCDE o el Convenio de la UE. Aunque en la Posición Común de 6 de octubre de 1997 relativa a las negociaciones en el Consejo de Europa y en la OCDE sobre la lucha contra la corrupción (97/661/JAI - DO L 279 de 13/10/1997) se insinuó la existencia de una cierta jerarquía entre los dos Convenios que beneficiaría al negociado en el marco de la UE, lo cierto es que en ninguno de los dos acuerdos internacionales se hace referencia a este tema. En concreto en el artículo 1.2 de la citada Posición común se establece que «Los Estados velarán —si es necesario, negociando la inserción de una cláusula específica a tal efecto— por que las disposiciones de los instrumentos elaborados en el Consejo de Europa y en la OCDE sean compatibles con los instrumentos establecidos entre ellos, en particular en materia de asistencia judicial, extradición, lucha contra la corrupción y protección de los intereses financieros de la Comunidad». Sin embargo, no se ha incluido ninguna cláusula de este tenor en el Convenio OCDE. Por consiguiente en caso de incompatibilidad entre los dos Convenios,

resultaría de aplicación el artículo 30 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (38) en función del cual, y en relación con las disposiciones de los Convenios que regulen la misma materia, en caso de incompatibilidad tendrá preferencia el Convenio OCDE o dicho en otras palabras, usando la fórmula de la mencionada Convención de Viena: las disposiciones del Convenio UE sólo se aplicarán cuando sean compatibles con las del Convenio OCDE (39).

El Convenio de la UE incluye un procedimiento de resolución de controversias

El Convenio de la UE incluye un procedimiento de resolución de controversias al que se recurriría en caso de que los Estados implicados en la diferencia no hubieran podido resolverla bilateralmente. Se trata de un procedimiento que consta de dos fases. En una primera fase se prevé la intervención del Consejo de la Unión Europea, en el marco del Título VI del Tratado de la Unión Europea. La segunda fase se sustanciaría ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades y se iniciaría cuando alguna de las Partes en la controversia lo estimara oportuno y siempre que hubiese transcurrido un plazo de seis meses desde que el conflicto se puso en conocimiento del Consejo de la Unión. El Convenio OCDE no cuenta con un mecanismo de solución de controversias, por lo que en caso de que surgiera un conflicto relativo a su interpretación o aplicación habría que aplicar las normas de Derecho internacional general sobre la materia.

En lo que se refiere a la intervención del TJCE el Convenio de la UE añade también la posibilidad de que los tribunales internos de un Estado miembro puedan plantear al Tribunal de Luxemburgo una cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 1 a 4 y 12 a 16 del Convenio, siempre y cuando el Estado en cuestión hubiese aceptado previamente la jurisdicción del TJCE a estos efectos. Esta disposición es subrayable porque es la primera vez que se establece la competencia prejudicial del TJCE en el texto mismo de un Convenio de este tipo, hasta ahora se había hecho en Protocolos. España, en una declaración aneja al acto de ratificación, ha aceptado la competencia del Tribunal de Justicia para el conocimiento de cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles, cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso jurisdiccional alguno. Nuestro país y Austria son los únicos que han circunscrito la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial a los tribunales de última instancia. Los demás países que han ratificado el Convenio establecen que cualquier órgano jurisdiccional interno podría plantear la cuestión prejudicial al TJCE.

V. Algunas reflexiones finales

La corrupción es en los últimos años más visible que nunca. Con el objetivo de luchar contra ella, se han realizado distintas acciones normativas en el marco de diversas organizaciones internacionales. En lo que concierne a la participación de España destacan el Convenio OCDE y el Convenio de la UE, ambos ratificados por nuestro país. El primero ha entrado en vigor, mientras que el segundo sigue en la nebulosa de los acuerdos internacionales que no están en vigor por no haber alcanzado el número suficiente de ratificaciones (en este caso tantas como Estados miembros de la UE). No obstante hay algunos Estados, entre los que no se cuenta España, que han aceptado la aplicación provisional del acuerdo UE en sus relaciones mutuas.

Tanto el Convenio OCDE como el Convenio de la UE exigen a sus Estados partes la tipificación del delito de corrupción a un agente público extranjero. España ha pretendido cumplir esta exigencia mediante la introducción en el Código Penal del artículo 445 bis que tipifica el delito de corrupción transnacional. Sin

embargo, lo cierto es que la definición del delito se hace con una técnica legislativa criticable que no permite establecer con total certeza la amplitud del tipo objetivo. Por otro lado las penas que se asocian al delito son «demasiado» suaves a la luz del informe que sobre la legislación española relevante ha realizado el Grupo de trabajo de la OCDE contra la corrupción.

Para cumplir plenamente el Convenio OCDE sería de desear que se aclararan con mayor fortuna los confines de la nueva figura delictiva y que se incrementaran las penas hasta el punto de hacer posible la extradición y, por ende, la asistencia judicial en todos los supuestos de corrupción. También se requiere del legislador que se modifique el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas implicadas en casos de corrupción. Por otro lado el artículo 445 bis no ha sido todavía aplicado por lo que está por demostrar la eficacia del mismo.

Sería de desear igualmente que en tanto no entre en vigor el Convenio de la UE nuestro país se uniera al grupo de Estados miembros que han aceptado la aplicación provisional de este Convenio.

NOTAS

- (1) Sobre las causas de la corrupción y la complejidad de las posibles soluciones se puede ver el comentario que hace José Manuel RODRÍGUEZ CARRASCO de un artículo de Vito TANZI: «La corrupción alrededor del mundo. Causas, consecuencias, alcance y remedio. En *Cuadernos de Información Económica*, n.º 144/145, marzo/abril, 1999, págs. 112-117. Véase también de Vito TANZI: «Corrupción, Sector Público y Mercados». En *Información Comercial Española*, mayo, 1995, n.º 741, págs. 9-23.
- (2) Hay otros países, como Suecia, que también han puesto en marcha medidas en contra de la corrupción transnacional, aunque no sean tan claras como las estadounidenses. Sobre este tema se puede ver: MALEM SEÑA, Jorge. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2000, págs. 82 y ss.
- (3) El texto del Convenio se reproduce en la Sección de «Documentación», al final de esta revista (ya anteriormente, cuando todavía España no tenía participación, fue publicado en *Derecho de los Negocios*, abril, 1998).
- (4) COCKCROFT, Laurence. «Globalización de los mercados y corrupción. El marco internacional para la lucha contra la corrupción». En *Información Comercial Española*, mayo, 1995, n.º 741, págs. 35-46.
- (5) El texto de la Convención se puede obtener en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html>. Brasil, Barbados, Belice, Haití y Surinam todavía no la han ratificado.
- (6) Adoptado en el marco del título VI del TUE. DO C 195 de 25/06/1997, págs. 2-11. Este Convenio no ha entrado en vigor todavía. Sólo se aplica provisionalmente por algunos Estados miembros entre los que no se incluye España. Sobre el particular *vid.* último epígrafe de este trabajo. El antecedente de este Convenio es el Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO C 313 de 23/10/1996, págs. 2-11).
- (7) El texto de la Convención Penal se puede obtener en: <http://conventions.coe.int/treaty/EN/WhatYouWant.asp?NT=173&CM=8&DF=>. Esta Convención entrará en vigor el 1 de julio de 2002. El texto de la Convención Civil se puede obtener en: <http://conventions.coe.int/treaty/EN/WhatYouWant.asp?NT=174&CM=8&DF=>. La entrada en vigor de esta Convención no se ha producido todavía porque sólo se han alcanzado siete de las catorce ratificaciones necesarias.
- (8) Declaración de Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, adoptada por la Asamblea General en su 51.º período de sesiones (51/191). En una Resolución de diciembre de 2000 (A/Res/55/61) se pide la elaboración de un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, independiente de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- (9) En esta lista también figuraría Hong Kong.
- (10) Sobre posibles estrategias para combatir la corrupción, véase: KLITGAARD, Robert. «Estrategias para combatir la corrupción». En *Información Comercial Española*, mayo 1995, n.º 741, págs. 25-33 (Traducción de M.ª Dolores Ruiz).
- (11) MADRID JUAN, Matilde. «Acciones internacionales en la lucha contra la corrupción: el convenio OCDE de 1997». En *Derecho de los Negocios*, abril, 1998, pág. 6.
- (12) Sobre esta Recomendación véase: MADRID JUAN, Matilde. «Recomendación de la OCDE sobre pagos ilícitos en las transacciones económicas internacionales». En: *Información Económica Española*, mayo 1995, n.º 741, págs. 47-54.
- (13) C(97) 123/FINAL.
- (14) MADRID JUAN, Matilde, «Acciones internacionales en...» *op. cit.*
- (15) BOE de 22 de febrero de 2002, págs. 7155 y ss.
- (16) De manera general el acuerdo había entrado en vigor el 15 de febrero de 1999 una vez que se había cumplido la condición establecida en su artículo 15: «El presente Convenio entrará en vigor el sexagésimo día después de la fecha en que cinco de los países que tengan las diez mayores cuotas de exportaciones expresadas en el Documento DAFFE/IME/BR (97)18, y que representen por sí mismas, al menos el sesenta por ciento de las exportaciones totales combinadas de esos diez países, hayan depositado sus instrumentos de aceptación, aprobación o ratifi-

- cación». La Unión Europea se había expresado a favor de una condición de este tenor: «Dada la importancia del Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico relativo al comercio internacional, sus disposiciones y su ejecución a escala nacional deberán garantizar que el Convenio entrará en vigor afectando a los principales países exportadores de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico» (Segunda Posición Común de 13 de noviembre de 1997 definida por el Consejo sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las negociaciones en el seno del Consejo de Europa y de la OCDE en torno a la lucha contra la corrupción». DO L 320 de 1997, págs. 1-2, artículo 1.6).
- (17) MARIÑO MENÉNDEZ, F. *Derecho internacional público: Parte General*. Madrid: Trotta, 1999, pág. 573.
- (18) En el año 2002 se ha realizado la evaluación de Finlandia, en junio se dará a conocer la de Estados Unidos. Alemania e Islandia serán sometidos a examen a continuación.
- (19) Hay tres Estados partes en el Convenio que todavía no han elaborado la correspondiente legislación de desarrollo: Brasil, Chile y Turquía.
- (20) Me sumo a las críticas que Pedro CRESPO BARQUERO hace a la ubicación del delito, que en su opinión debía haberse incluido en el Título que el Código Penal dedica a los delitos contra la Administración Pública. CRESPO BARQUERO. *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, 3.^a Edición, Ed. Comares, Granada, 2002. Tomo II, pág. 2456.
- (21) Comentarios al Convenio de Lucha Contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, adoptados por la Conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997, sobre el apartado 1.8.
- (22) Informe explicativo sobre el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 391 de 15/12/1998, págs. 1-12, pág. 4.).
- (23) Al respecto, *vid.*: RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a José. *El Delito de Cohecho: Problemática Jurídico Penal del Soborno de Funcionarios*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999, págs. 223 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El Delito de Cohecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, págs. 286 y ss.
- (24) CRESPO BARQUERO, Pedro. *Código Penal... op. cit.*, denuncia los problemas que se originan al no haberse contemplado en el artículo 445 bis la «bilateralidad estructural del delito de cohecho».
- (25) CRESPO BARQUERO, Pedro. *Código Penal... op. cit.*, considera incomprensible que no se haya incluido una definición de agente público extranjero en nuestro Código Penal sobre todo porque la definición que en el artículo 24 del mencionado Código se hace de funcionario coincide en gran medida con el concepto de agente público extranjero recogido en el Convenio OCDE.
- (26) Esta situación se da, por ejemplo, en Austria cuyo Código Penal recoge dos definiciones de agente público, una —de acuerdo con el Convenio UE— aplicable a los funcionarios de los Estados miembros de la UE y de las CC.EE.; y otra —de acuerdo con el Convenio OCDE— aplicable a los agentes públicos de otros Estados. Aunque las autoridades austriacas alegaron ante el Grupo de trabajo OCDE que los casos no incluidos en la definición UE, pero que sí entrarán en la definición del Convenio OCDE quedarían también tipificados por mor de la aplicación de este último, el Grupo de trabajo «está preocupado por la falta de claridad de las diferentes definiciones y principalmente en relación con los miembros del Parlamento Europeo. Subraya la importancia de una definición sin ambigüedades de la noción de «agente público extranjero». Véase el informe (primera fase) sobre Austria: <http://www.oecd.org/pdf/M00027000/M00027848.pdf>
- (27) Es verdad que las penas previstas en el Código Penal español para el delito de corrupción de un agente público extranjero son más leves que las que imponen por el mismo delito en otros países de nuestro entorno. En Francia, Bélgica y Luxemburgo, por ejemplo, la pena de prisión máxima prevista para este delito es de diez años. En Portugal es de ocho años.
- (28) DO C 195 de 25/06/1997, págs. 2-11.
- (29) DO C 391 DE 15/12/1998, págs. 1-12.
- (30) El Convenio de la UE no regula la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas, sólo se refiere a la responsabilidad penal de los jefes de empresa (artículo 6).
- (31) Artículo 3.2 del Convenio OCDE: «En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, la Parte velará por que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias por la corrupción de agentes públicos extranjeros».
- (32) Parece que se está estudiando la aplicación del artículo 129 del Código Penal a los supuestos de corrupción. Informe del Grupo anticorrupción del Consejo de Europa (GRECO) sobre la corrupción en España, adoptado en junio de 2001, pág. 4 (<http://www.greco.coe.int/>).
- (33) Véase el Informe sobre la corrupción en España adoptado en junio de 2001, por GRECO: nota anterior.
- (34) (http://www.el-mundo.es/2001/06/17/espana/1010777_imp.html).
- (35) Artículo 13.4: «Hasta que entre en vigor el presente Convenio cualquier Estado miembro podrá declarar, en el momento de la notificación a que se refiere el apartado 2 o en cualquier momento posterior, que el presente Convenio, con excepción de su artículo 12, será aplicable en lo que a él respecta, en sus relaciones con los Estados miembros que hayan formulado igual declaración. Respecto del Estado miembro que haya efectuado tal declaración, el presente Convenio será aplicable a partir del primer día del mes que sigue a la expiración de un plazo de noventa días contados desde el depósito de su declaración». En el apartado 5 del mismo artículo 13 se añade que «Todo Estado miembro que no haya efectuado declaración alguna con arreglo al apartado 4 podrá aplicar el Convenio con otros Estados miembros contratantes en virtud de acuerdos bilaterales».
- (36) En Francia se ha elaborado la norma de transposición del Convenio pero su entrada en vigor se condiciona a la entrada en vigor del Convenio (Ley n.º 2000/595, de 30 de junio, modificativa del código penal y del código procesal penal en relación con la lucha contra la corrupción).
- (37) En la definición que el artículo 1.4.a) del Convenio OCDE se incluye a cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública. En los Comentarios al Convenio (pág. 10) se hace referencia expresa a las Comunidades Europeas: «En la expresión “organización internacional pública” se incluye cualquier organización internacional formada por Estados, gobiernos u otras organizaciones internacionales públicas, cualquiera sea su forma de organización y ámbito de competencia, incluidas, por ejemplo, las organizaciones de integración económica regional tales como las Comunidades Europeas».
- (38) BOE n.º 142, de 13 de junio de 1980.
- (39) Hay que tener en cuenta que para determinar cuál es el tratado anterior y cuál el posterior se debe tener en cuenta la fecha de adopción o de apertura a la firma. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. *Derecho Internacional... op. cit.*, pág. 304. Según este criterio el Convenio UE es el anterior a pesar de que todavía no ha entrado en vigor pues fue adoptado por el Consejo de la UE y quedó abierto a la ratificación por parte de los Estados miembros en junio de 1997, mientras que el Convenio de la OCDE fue adoptado en noviembre del mismo año.