



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología
San Sebastián, N.º 17 - 2003

LXVI CURSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGÍA

“Justicia social y Derechos Humanos en la era de la globalización y la multiculturalidad”

• J.L. de la Cuesta. Iniciativas internacionales contra la corrupción	5
• R. Ottenhof. Traite des personnes et criminalité organisée au plan européen et international	27
• L.R. Ruiz. Las catástrofes medioambientales y la aplicación de la Ley Penal en el espacio	47
• H. Roldán. Detección e investigación de los delitos ecológicos	57
• J. Díez. La nueva política criminal española	65
• A. Beristain. Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad	89
• S. Parmentier. Cultural Integration and Globalization of Criminal Justice	99
• J.M. Landa Gorostiza. “Nuevos” crímenes contra la humanidad: el nuevo delito de lesa humanidad (artículo 607 bis CP 1995) desde una perspectiva intrasistemática	105
• E. Giménez-Salinas. B. Román, M. García. Sociedad abierta y delitos de odio en la era de la globalización	121
• G. Picca. Nuevas perspectivas para la justicia penal internacional: ¿El Tribunal Penal Internacional?	133
• C. San Juan, F. Bermejo e I. Germán. La exclusión social de los jóvenes inmigrantes en Europa occidental: problemática criminológica	139
• T. Peters, L. Robert. Cómo la restauración puede saltar los muros de la cárcel. Una discusión sobre el proyecto ‘detención dirigida a la restauración’	161
• R. Cario. Médias et insécurité: entre droit d’informer et illusions sécuritaires	187
• E. Oliveira. Immigration et insécurité en période de globalisation: une perspective latinoaméricaine	201
• D. Szabo. Sociétés multiculturelles, criminalité et victimisation	213
X Promoción de Master y XVI de Criminólogos	223
Nombramiento de Miembro de Honor del IVAC-KREI	227
Memoria del IVAC-KREI	229

INICIATIVAS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN

José Luis de la CUESTA ARZAMENDI

*Catedrático de Derecho Penal. UPV/EHU
Director IVAC-KREI*

Resumen: El fenómeno de la corrupción se remite a un importante número de figuras penales, y se produce en el marco de la administración, aunque también puede darse en el seno de las relaciones económicas, tanto nacionales como internacionales. Tras un examen del concepto penal de corrupción, se subraya la preocupación internacional por este fenómeno, y se explican a continuación las iniciativas de carácter regional y global para su abordaje, donde se muestra la falta de uniformidad de las soluciones aplicadas siendo muchos los puntos donde los instrumentos internacionales divergen.

Laburpena: Administrazioaren inguruan ematen den ustelkeriaren gertakaria, hainbat irudi penalekin erlazionatuta agertzen zaigu. Hala ere, nazio nahiz nazioarteko erlazio ekonomikoen inguruan ere ematen da. Ustelkeriaren kontzeptu penalaz aztertu ondoren, gertakari honi aurre egiteko irtenbide erregional eta globalak azaltzen dira. Agerian geratzen dira nazioartean gertakari honi aurre egiterakoan azaltzen diren desadostasunak.

Résumé: Le phénomène de la corruption s'en remet à un important nombre de figures pénales, et il se produit dans le cadre de l'administration, bien qu'il peut aussi arriver au sein des relations économiques, tant nationales que internationales. Après un examen du concept pénal de corruption, on souligne la préoccupation internationale pour ce phénomène, et on explique ensuite les initiatives à caractère régional et global pour leur abordage, où on montre le manque d'uniformité des solutions appliquées en trouvant beaucoup des points où les instruments internationaux divergent.

Summary: The phenomenon of corruption refers to an important number of penal figures, and it takes place within the framework of the administration, although it can occur too in the national and international economic relations. After an exam of the penal concept of corruption, it is emphasized the international preoccupation by this phenomenon, and the regional and global initiatives to overcome this problem are explained next. As well the lack of uniformity of the applied solutions are proved, being many the points where the international instruments diverge.

Palabras clave: Derecho penal, delitos, corrupción, Criminología.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide penalaz, delituak, korrupzioa, Kriminologia.

Mots clef: Droit pénal, délits, corruption, Criminologie.

Key words: Penal Law, Crimes, Corruption, Criminology.

EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

1. A pesar del escaso interés que suscitara en general durante largo tiempo, a lo largo de las dos últimas décadas¹ se ha ido extendiendo la preocupación por la incidencia y extensión de la corrupción, si bien, en realidad, y no obstante los meritorios esfuerzos de algunas organizaciones internacionales –entre las que destaca *Transparency International* con su *Corruption Perception Index* anual–, la insuficiencia de datos empíricos no permite delimitar todavía con claridad el verdadero alcance, estructura y desarrollo de esta “enfermedad mortal de las democracias”², no ya en el plano de las relaciones económicas internacionales, sino incluso en lo que se refiere al propio plano interno de los diversos países.

Y es que la corrupción –un fenómeno “tan antiguo como la vida en comunidad”³ y que, políticamente, “puede ser la vía más rápida de lograr el poder”⁴– pertenece a ese género de modalidades delictivas que presentan una alta cifra oscura, derivada no sólo de la extendida actitud de ocultación general, la cual viene a sumarse al evidente interés de las partes –unidas por cierta “relación de confianza o incluso de buena fe” en esos “negocios recíprocos”⁵– de conservar el acuerdo de manera reservada, sino también de los múltiples obstáculos que se alzan contra su adecuada investigación y prueba⁶. En efecto, a pesar de su peligrosidad desde el punto de vista estatal, social o económico, la corrupción se encuentra muy próxima a “la categoría de los denominados “delitos sin víctimas”⁷: no cuenta propiamente con víctimas individuales, como en los delitos contra las personas, sino que éstas, de haberlas, se presentan muy diseminadas y difundidas; además, todavía es escasa la concienciación entre los partícipes en la administración pública o en las relaciones económicas en torno al deber de denunciar los hechos de corrupción, algo imprescindible para que se desencadene precisamente su persecución. De otra parte, a pesar de los esfuerzos que se realizan para más perfecta tipificación y sanción⁸, los actos de corrupción se

1. P. H. Bolle, “Pratiques de corruption et transactions commerciales internationales”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 53, 1-2, 1982, pp. 339 ss.

2. D. Szabo, “La corruption: aspects socio-culturels et études comparées des stratégies de prévention et de repression”, *Annales Internationales de Criminologie*, 39, 1-2. 2001, p. 43.

3. H.J. Kerner, “Ist Korruption ein Strafrechtsproblem? Zur Tauglichkeit strafgesetzlicher Vorschriften gegen die Korruption”, *Goldammers Archiv für Strafrecht*, 1996, p. 395.

4. E.A. Fabián Caparrós, “La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio”, en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, 2000, p. 20.

5. E. Fabián Caparrós, “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (Anotaciones para un Derecho Penal Globalizado)”, en J.C. Ferré Olivé (ed.), *Fraude y Corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. III, Salamanca, 2002, p. 123.

6. K. Lee, “Criminal Procedure: What Powers, Instruments and Safeguards are Necessary of Adequate Law Enforcement?”, en C. Fijnaut & L. Huberts, *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, The Hague, 2002, p. 151.

7. E. Fabián Caparrós, “La corrupción...”, *cit.*, p. 123; F.J. Carrera Hernández, “La persecución penal de la corrupción en la Unión Europea”, en *Cooperación jurídica internacional*, Madrid, 2001, p. 208.

8. Críticamente, particularmente en lo relativo a las sanciones, B. Huber, “Sanctions against bribery offences in criminal law”, en C. Fijnaut & L. Huberts, *Corruption*, *cit.*, p. 137.

caracterizan no pocas veces por una alta sofisticación y exigen técnicas de investigación y de prueba diferentes a las habitualmente aplicadas por los órganos de persecución penal.

Las altas dificultades para una cuantificación estricta del fenómeno, no impiden con tanto afirmar que estamos ante un comportamiento criminal “sistemático y generalizado”⁹ y que tiene mucho que ver con la criminalidad económica¹⁰ y con el crimen organizado¹¹, el cual desarrolla no pocas iniciativas de soborno de cara a penetrar y a influir sobre los Estados o sobre la economía de los Estados.

En cuanto a las causas de la corrupción¹², suele insistirse en el subdesarrollo económico, los procesos de privatización, los sistemas políticos no suficientemente transparentes, con insuficiente tradición democrática y respeto de los principios democráticos, como caldos de cultivo de una mayor incidencia de la misma. La corrupción no se concentra, con todo, de manera estricta en “países pobres” y “funcionarios pobres”, sino que afecta a la práctica totalidad de los Estados. Es más, por lo que respecta a la corrupción en el plano internacional, a partir de los datos suministrados por las encuestas internacionalmente realizadas, probablemente habría que decir, con Fabián Caparrós, que, “en contra de lo que aparenta ocurrir, la pobreza no genera corrupción. La corrupción genera pobreza y la riqueza exporta corrupción”¹³.

2. Debido a sus múltiples “caras (...) –la puramente económica, la puramente política, la administrativa, la político-económica, etc.–”¹⁴ la corrupción se caracteriza por “una inmanente equivocidad”¹⁵, lo que dificulta su delimitación conceptual.

En realidad, el término corrupción es más bien originario de la sociología y de la ciencia política¹⁶ y se ha ido incorporando “poco a poco (...) al Código Penal en ámbitos muy heterogéneos”¹⁷. Es más, las infracciones penales en materia de

9. M.A. Iglesias Río, T. Medina Arnáiz, “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, T. II, p. 906.

10. Bundeskriminalamt (Hg.), *Wirtschaftskriminalität und Korruption. Vorträge anlässlich der Herbsttagung des Bundeskriminalamts vom 19. bis 21. November 2002*, München, 2003.

11. R. Alfonso, “Infiltrazione della criminalità organizzata e condizionamento dell’attività della pubblica amministrazione”, en J.C. Ferré Olivé (ed.), *Fraude y Corrupción...*, cit., pp. 255 ss; M.A. Iglesias Río, T. Medina Arnáiz, “Herramientas preventivas...”, cit., pp. 910 y s.

12. Para un resumen de las causas generales y específicas, M.A. Iglesias Río, T. Medina Arnáiz, “Herramientas preventivas...”, cit., pp. 912 y s.

13. E. Fabián Caparrós, “La corrupción...”, cit., p. 130.

14. E. Demetrio Crespo, “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en J.C. Ferré Olivé (ed.), *Fraude y Corrupción...*, cit., p. 176.

15. M.A. Iglesias Río, T. Medina Arnáiz, “Herramientas preventivas...”, cit., p. 908.

16. M. Cugat Mauri, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona, 197, pp. 31 ss.

17. J.C. Ferré Olivé, “Corrupción y delitos contra la Administración Pública”, en J.C. Ferré Olivé (ed.), *Fraude y Corrupción...*, cit., p. 14.

corrupción representan tan sólo un segmento del fenómeno de la corrupción en cuanto tal¹⁸. Es por ello que el fenómeno de la corrupción no se identifica fácilmente, en principio, con “un tipo de delito”, sino que más bien remite a “un importante número de figuras penales, tanto tradicionales, como de nueva creación, relacionadas todas ellas con ciertos elementos que ejercen como elementos aglutinadores”¹⁹.

Así, frente a una concepción estricta de la corrupción, que la reconduciría a lo que en derecho español se denomina cohecho, es creciente la tendencia criminológica a identificar corrupción con cualquier irregularidad cometida en un contexto de toma de decisión y a cambio de una ventaja indebida o, incluso, con todo abuso de poder, siempre que se ligue a una ganancia ilícita, de carácter económico o de mejora de la posición para el desarrollo de determinadas actividades, algo que se produce fundamentalmente en el marco de la administración, pero que también puede darse en el seno de las relaciones económicas, nacionales e internacionales.

2.1. En el plano comparado²⁰, los códigos penales cuentan desde antiguo con disposiciones penales principalmente destinadas a garantizar la integridad y el buen funcionamiento, de la administración pública, que se desea eficaz y capaz de suscitar la confianza de los ciudadanos. Entre ellas se comprende la prevención y sanción de las conductas de soborno o cohecho, en las que se liga la obtención de una ganancia ilícita con la realización o no de un determinado acto oficial o, simplemente, con el hecho de que se ofrezca al funcionario una determinada recompensa simplemente en razón de su posición.

El término funcionario público aparece aquí como elemento central y se tiende a su entendimiento en un sentido amplio: esto es, comprensivo de todo aquel que desarrolla funciones de carácter público. Lo importante no es tanto saber si la persona pertenece estrictamente o no a la estructura administrativa, cuanto si de algún modo –por nombramiento, en razón de un contrato, o por su posición peculiar– se encuentra incorporado al ámbito de la función pública, ejerce funciones públicas. Esto lleva en algunos países a incluir dentro del concepto de funcionario público a empleados de personas jurídicas no ya de propiedad estatal o creadas por el Estado, sino que simplemente reciben una importante financiación o subsidio por parte del Estado. El artículo 263a del Código Penal griego constituye un ejemplo de este tipo de extensión “funcional” del concepto de funcionario público a ámbitos que normalmente no se califican como de la función pública²¹.

18. K. Ligeti, “Hungarian National Report on “Corruption and Related Offences in International business Relations”, en K. Ligeti (ed.), *Young Penalist Conference on Corruption and related offences in international business relations*, Budapest, 2003, p. 68.

19. A. Vercher Noguera, “Introducción”, en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, cit., p. 13.

20. *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 74, 1-2, 2003.

21. Z. Konstantopoulou, “Grèce/Greece”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 74, 1-2, 2003, p. 259.

Las figuras tradicionales de soborno o cohecho de funcionarios comprenden tanto el llamado cohecho pasivo –cuando el funcionario demanda o exige que se le dé una determinada cantidad o una determinada ventaja por la realización de determinados actos (el alcance de la responsabilidad penal funcional puede depender de la naturaleza de esos actos)–, como el cohecho activo: la actuación del particular que quiere influir sobre el funcionario y le promete, le ofrece o le da una determinada ventaja.

En la mayor parte de los países de nuestro entorno el delito se produce aun cuando el acto a realizar no sea necesariamente irregular; tampoco se exige siempre una conexión específica con un determinado acto del funcionario, sino que suele bastar para el cohecho con que se prometa o se den esas cantidades (o se exijan) en consideración a la condición funcional del sujeto o por el desarrollo en general de funciones públicas; esto suele permitir un mejor tratamiento del llamado cohecho precedente o subsiguiente que concurre cuando a alguien que todavía no es funcionario (pero que lo será en un futuro próximo) se le da ya o se le promete algo con objeto de que, cuando lo sea, acabe realizando una determinada actuación, o cuando alguien que ya ha dejado de ser funcionario percibe cantidades o ventajas en relación con actos realizados siendo funcionario público.

2.2. Pero, el concepto penal de corrupción se extiende también a otras figuras:

– Este es el caso, en primer lugar y de manera destacada, del *tráfico de influencias*: un supuesto delictivo en el cual una persona acepta o solicita una cantidad a cambio de influir sobre un funcionario público, para que éste adopte una determinada decisión o dé a alguien un mejor trato en relación con algún acto oficial que el funcionario tiene que desarrollar. Si el cohecho, como figura delictiva, se fijaba en una relación bilateral entre quien soborna y el sobornado, en el tráfico de influencias se completa esta relación de modo triangular: alguien influye o trabaja sobre otro para que éste a su vez influya sobre el funcionario.

– También cabe hallar otros delitos en la constelación de conductas corruptas: supuestos de apropiación indebida, de abuso de confianza en el ejercicio de la función pública, malversación de caudales públicos, enriquecimiento ilícito, uso indebido de informaciones clasificadas y otros abusos de poder por parte de funcionarios públicos. Su tratamiento presenta muchas variedades en el marco comparado: mientras que en ocasiones la persecución de algunas de estas figuras se hace depender de la presencia de un daño, otras veces basta la realización de un acto de abuso de poder con la intención de causar un daño a un derecho ajeno; a veces se requiere igualmente una especie de enriquecimiento personal, bien del propio funcionario o bien de una tercera persona.

2.3. Importante también, en relación con la constelación de hechos de corrupción son las figuras delictivas que pueden servir para adelantar las barreras de prevención (infracciones contables, prácticas restrictivas de la competencia, etc.) como, sobre todo, la efectiva persecución de aquellas conductas que tratan de garantizar o asegurar la normalización de los productos de la corrupción, en particular, a través del blanqueo del dinero procedente de la corrupción o la confiscación de sus productos.

3. Desde el prisma del bien jurídico protegido, la corrupción no se contempla ya simplemente, como en la perspectiva tradicional, como un mero incumplimiento del deber de fidelidad o lealtad por parte del funcionario hacia la entidad de la que forma parte, ni simplemente como un ataque directo (que lo es) al prestigio o dignidad de la Administración, base de la confianza de los ciudadanos en la misma. Por el contrario, es cada vez más generalizada la opinión de que, como en los demás delitos contra la Administración pública, el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción es la propia función pública, en cuanto tal, su correcto ejercicio de forma independiente e imparcial²².

Evidentemente, desde el punto de vista del funcionamiento de la administración pública y de la que actualmente se suele llamar la buena gobernanza, la corrupción pone en cuestión la capacidad de las administraciones públicas para ofrecer servicios básicos de una manera adecuada a los ciudadanos y para desarrollar, de un modo también adecuado, el progreso económico, social y político del país. La intervención corrupta distorsiona lo que deben ser los mecanismos ordinarios de toma de decisiones en el plano económico y genera actuaciones administrativas inadecuadas y decisiones públicas incorrectas, hasta en el plano político, afectando por tanto de un modo importante al buen gobierno de los países, a la propia seguridad y estabilidad y, obviamente, de manera muy decisiva a la legitimidad y al discurso de legitimación del Estado respecto de sus propios ciudadanos.

De otra parte, y aun cuando hay quien, como algunos funcionalistas americanos, han destacado en el plano económico algunos efectos positivos de la corrupción como motor o lubricante de la economía de los países subdesarrollados²³, hay que insistir en que de otra parte, “la corrupción cuesta mucho dinero”²⁴; las cantidades dedicadas a pagar los sobornos son cantidades que no se pueden destinar a otro tipo de actividades y por las que no se pagan tributos; tampoco cabe la menor duda de que el importe del soborno acaba imputándose al coste general de la intervención pública.

En definitiva, son muchos los peligros y graves consecuencias –directas e indirectas²⁵– que origina esta “forma de destrucción del tejido social”²⁶ y que fundamentan la necesidad de la lucha contra la misma de un modo ordenado y eficaz²⁷.

22. J.C. Ferré Olivé, “Corrupción...”, *cit.*, pp. 16 ss.

23. M.V. Muriel Patino, “Economía, corrupción y desarrollo”, en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, *cit.*, pp. 28 ss.; F. Rodríguez López, “Introducción al análisis económico de la corrupción”, *ibídem*, p. 21.

24. E. Fabián Caparrós, “La corrupción...”, *cit.*, p. 124. Ver también F.J. Carrera Hernández, “La persecución penal...”, *cit.*, p. 207.

25. M.A. Iglesias Río, T. Medina Arnáiz, “Herramientas preventivas...”, *cit.*, pp. 914 y ss.

26. R. Pérez Perdomo, “Presentación”, en R. Pérez Perdomo, R. Capriles (comps.), *Corrupción y control. Una perspectiva comparada*, Caracas, 1991, p. xiii.

27. G. Stessens, “The international fight against corruption. General Report”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 72, 1-2, 2001, pp. 894 s.

LA PREOCUPACIÓN INTERNACIONAL

4. En una era de tendencia globalizadora imparable, la preocupación internacional por la corrupción es clara.

La concentración del poder económico –tanto entre quienes operan de manera plenamente legal como de los grupos que se mueven en intenso contacto con las redes de actividad criminal– se ve acompañada por múltiples facilidades en la comunicación y los intercambios a todos los niveles, lo que genera un propicio caldo de cultivo para el ejercicio y aplicación de actos de influencia ilegítimos, gravemente atentatorios de las reglas elementales de la transparencia de los mercados y de la competencia económica, y generadores de altísimos costes sociales, políticos y económicos para la población en general.

De otra parte, la emergencia de instituciones y organizaciones internacionales ha hecho surgir toda una categoría de funcionarios o empleados públicos no pertenecientes a los Estados, pero con competencias y capacidad de adopción de importantes decisiones susceptibles de desviación.

No es de extrañar por ello que en los últimos tiempos se hayan visto intensificados internacionalmente los esfuerzos dirigidos a procurar una mejor prevención de este fenómeno desde el plano global (función pública global, competencia global, mercado global)²⁸ y/o regional, y a asegurar una mejor persecución y sanción de los hechos mediante una colaboración internacional que se presenta ya como “irrenunciable para poder combatir la corrupción y para promover el sentido de responsabilidad, transparencia y legalidad”²⁹.

Al lado de la inclusión de los funcionarios públicos extranjeros e internacionales entre los sujetos de la corrupción, dos son las líneas fundamentales que, con carácter general, se considera que han de inspirar los esfuerzos en el plano internacional:

- el establecimiento de bases armonizadas que posibiliten la cooperación penal internacional en la lucha contra la corrupción; y
- la promoción de mecanismos preventivos eficaces.

1) Ciertamente, las graves insuficiencias –destacadas por los estudios criminológicos y más arriba comentadas– que en el plano de la persecución penal interna suscitan los hechos de corrupción, han dado lugar al desarrollo en algunos países y de modo progresivo de instancias específicas de persecución y de investigación, particularmente en el plano policial y de la fiscalía, formadas desde un punto de vista técnico para penetrar mejor en las redes de corrupción y buscar su mejor prevención. De otra parte, estando los hechos de corrupción muy frecuentemente ligados a la delincuencia o criminalidad organizada no pocas veces

28. E. Fabián Caparrós, “La corrupción...”, *cit.*, p. 133.

29. B. Huber, “La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, a. XIV, 3, julio-septiembre 2001, p. 467.

se propugna, asimismo, desde múltiples países, la extensión a este ámbito de las modalidades o técnicas de lucha específica contra aquélla: agentes encubiertos, sistemas de provocación policial, inversión de la carga de la prueba, programas de protección de testigos y peritos... Incluso se llega a ofrecer incentivos a aquellos funcionarios o particulares que denuncian los hechos de corrupción –aun habiendo participado quizás en ellos–, garantizándoles importantes reducciones de la pena o hasta la exención de toda sanción penal como pago a su colaboración con la justicia.

Naturalmente, las dificultades e insuficiencias se intensifican exponencialmente cuando se pretende la persecución de estos hechos en el plano internacional. De un lado, por la ausencia de estructuras internacionales de aplicación directa eficaces. Pero también por la propia diversidad legislativa y de opciones político-criminales en la materia, que se traduce muy frecuentemente en la ausencia de una definición uniforme o paralela de las conductas delictivas por parte de las legislaciones internas, algo especialmente lamentable cuando, como es sabido, la doble incriminación constituye un presupuesto elemental imprescindible para la cooperación internacional a través de la extradición u otros sistemas de mutuo auxilio en materia penal. Los esfuerzos internacionales han de dirigirse, por ello, en primer lugar, a trabajar por la armonización de las legislaciones estatales, de modo que las descripciones y el tratamiento jurídico (muy en particular, el jurídico penal) del fenómeno de la corrupción por parte de las legislaciones internas no sea muy diverso, y se apoye en una definición compartida del fenómeno y, en lo posible, en una similar filosofía en cuanto al nivel de sanción que estos hechos deben merecer.

2) Resulta, en cualquier caso, ilusorio pensar en reducir eficazmente el alcance y la incidencia de la corrupción meramente a través de la intervención penal, incluso si extendida y coordinada a nivel internacional. Claro que, como en otras muchas áreas, también aquí la función del Derecho Penal es importante no sólo en cuanto a la persecución de los autores, sino también de cara a la manifestación pública de lo prohibido y reprobado al mayor nivel. Ahora bien, la corrupción se presenta como un fenómeno criminal “heterogéneo”, “sistemático” y muy “complejo”³⁰, y, en la línea destacada desde hace tiempo por la Criminología para prevenir este tipo de fenómenos criminales, precisa de un abordaje multidisciplinar³¹, que parta de su adecuado conocimiento y delimitación y lo ataque adecuadamente en todos y cada uno de sus aspectos. Dentro de ellos, parece claramente decisivo el establecimiento de mecanismos internacionales de seguimiento y control de los propios Estados dirigidos a “alterar, a diferentes niveles, la ecuación de costos y beneficios que la favorece”³² y en cuanto al desarrollo y a la verdadera aplicación de las medidas de transparencia y anticorrupción.

30. E. Demetrio Crespo, “Consideraciones...”, *cit.*, pp. 174 y s.

31. R.C. Nzerem, “Responding to the Challenge of Corruption”, en A. Alvazzi del Frate & G. Pasqua (eds.), *Responding to the Challenge of Corruption*, Roma/Milán, 2000, p. 207.

32. H. Hjaïm, “Alcances y limitaciones de la ley en la lucha contra la corrupción”, en R. Pérez Perdomo, R. Capriles (comps.), *Corrupción...*, *cit.*, p. 111.

INICIATIVAS DE CARÁCTER REGIONAL

5. Es, en realidad, en la última parte del siglo XX cuando comienzan a traducirse en resultados los esfuerzos desplegados, primero en el estudio del fenómeno de la corrupción y, a continuación, en el desarrollo y aplicación de medidas dirigidas a alcanzar los objetivos que se acaban de referir.

5.1. En un plano regional –ámbito en el que se han plasmado en primer término los instrumentos internacionales más ambiciosos y relevantes³³– datan de la década de los 90 los dos textos elaborados en el seno de la *Organización de Estados Americanos*: el Programa Interamericano para combatir la corrupción y la Convención Interamericana contra la corrupción (Caracas, 29 marzo 1996).

El Programa Interamericano para combatir la corrupción³⁴ es un texto amplio, que se pretende omnicompreensivo y trata de promover todo tipo de intervenciones jurídicas (no sólo de carácter jurídico-penal) y de carácter institucional, así como la adopción de normas de conducta y códigos éticos para funcionarios públicos.

Ahora bien, el texto con valor normativo en el plano regional interamericano es, obviamente, la Convención³⁵. Esta, si bien recoge un importante listado de medidas preventivas de carácter no penal (normas de conducta funcionariales, declaraciones patrimoniales, sistemas de contratación de bienes y servicios, sistema tributario adecuado, controles contables...) (art. III), se centra fundamentalmente en la definición uniforme de los actos de corrupción y en el establecimiento de criterios claros, en la medida de lo posible, en cuanto a la persecución de los hechos.

La corrupción contemplada por la Organización de Estados Americanos en estos documentos es exclusivamente la corrupción que tiene lugar en la administración pública, no abordándose la corrupción en el sector privado. Y en orden a su prevención y sanción la Convención potencia, junto a la tipificación armonizada de los actos de corrupción (art. VI) y el soborno internacional (art. VIII), la inserción de una figura delictiva específica en los ordenamientos internos –el “enriquecimiento ilegítimo”³⁶, consistente en “el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él” (art. IX); ahora bien, como tantas veces sucede y debido a razones múltiples –entre otras, la ya destacada insuficiencia del mero instrumento penal para hacer frente a fenómenos criminales complejos–, la incorporación de la figura del enriquecimiento ilícito a los códigos

33. M. Hollán, “International legal instruments directed to the fight against corruption”, en K. Ligeti (ed.), *Young Penalist Conference*, cit., p. 21.

34. <http://www.oas.org/juridico/spanish/prointer.htm>

35. <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html>. Ver también el texto en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, cit., pp. 100 ss.

36. B. Huber, “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, *Revista Penal*, 11, enero 2003, pp. 42. (trad.M. Ontiveros Alonso).

penales en múltiples países latinoamericanos no ha llevado como resultado a la reducción de sus graves problemas de corrupción³⁷.

5.2. Frente a la opción seguida por la OEA, en el marco europeo, hace tiempo que se viene produciendo “un importante cambio conceptual”³⁸ y la corrupción no sólo se considera un hecho a perseguir cuando se produce en relación con la administración pública, sino que se entiende que también debe combatirse cuando tiene lugar en el sector privado, ámbito tradicionalmente regulado más por el derecho civil (mercantil) o laboral³⁹, que se considera igualmente merecedor de intervenciones preventivas, penales y de intensa colaboración interestatal de cara a asegurar la mayor transparencia de las relaciones económicas –y, en particular, en las relaciones económicas internacionales– tengan o no directamente que ver directamente con los Estados.

Las iniciativas europeas en materia de lucha contra la corrupción se han desarrollado tanto en el seno del Consejo de Europa como por parte de la Unión Europea.

5.2.1. Entre las entidades especializadas surgidas a partir del *Consejo de Europa*⁴⁰ –que, como es sabido (aun cuando sea un instrumento del tratado de Roma que tiende a fomentar y a preparar la unidad política europea) no es lo mismo que la Unión Europea e integra a Estados que no pertenecen a aquélla– destacan el Grupo Multidisciplinar sobre la Corrupción (creado en 1994) y, sobre todo, el Grupo de Estados contra la Corrupción, establecido por Resolución (98) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1998⁴¹.

El Grupo GRECO⁴² trabaja fundamentalmente, “mediante la evaluación mutua y la ‘presión entre semejantes’ (*peer pressure*)”⁴³, como un mecanismo de seguimiento –se dice– flexible y eficiente para evaluar y apoyar a los Estados en el proceso de observancia de lo que son las guías y principios básicos contra la corrupción elaborados en el plano europeo. La función del Grupo de Estados contra la Corrupción es fundamentalmente, por tanto, apoyar a los Estados para que cumplan con los objetivos marcados en el plano europeo, suministrando apoyo técnico y, sobre todo, realizando evaluaciones del modo en que los Estados van cumpliendo con los compromisos europeos en la materia, cuyos resultados se comunican, en principio, con carácter confidencial y sin perjuicio de su posible publicación posterior.

37. J.C. Ferré Olivé, “Corrupción y fraude de subvenciones”, en J.C. Ferré Olivé (ed.), *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. 1, Salamanca, 2002, pp. 19 y s.

38. J.C. Ferré Olivé, “Corrupción...”, *cit.*, p. 14.

39. G. Stessens, “The international fight...”, *cit.*, p. 892.

40. G. de Vel & P. Csonka, “The Council of Europe Activities against Corruption”, en C. Fijnaut & L. Huberts, *Corruption*, *cit.*, pp. 364 y ss.

41. <https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=479987&Lang=en> Ver también el texto en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, *cit.*, pp. 162 ss.

42. <http://www.greco.coe.int/Default.htm>

43. B. Huber, “La lucha...”, *cit.*, p. 45.

Junto a lo indicado, son múltiples las iniciativas desarrolladas en el marco del Consejo de Europa y que se han traducido en diversos instrumentos de interés, recomendaciones de ministros en relación con las reglas y principios de la lucha contra la corrupción⁴⁴, códigos de conducta de los funcionarios públicos⁴⁵, pero sobre todo en textos o instrumentos de carácter normativo, como los dos Convenios contra la corrupción del año 1999: el Convenio de carácter civil (ETS 174)⁴⁶ y la Convención Penal contra la Corrupción (ETS 173)⁴⁷.

El Convenio de carácter civil se centra fundamentalmente en lograr la reparación de las víctimas de actos de corrupción y en la defensa de las personas involucradas negativamente en actos de corrupción. Se parte de la idea de que si la corrupción ha tenido que ver con un funcionario público, el Estado no puede quedarse al margen y tiene la obligación de apoyar y de reparar a las víctimas de los hechos.

Por su parte, la Convención penal contra la corrupción⁴⁸, calificada en su momento como “el instrumento multilateral más ambicioso”⁴⁹, parte de un concepto amplio de funcionario, en el que se incluye hasta a los miembros de asambleas legislativas (aunque susceptible de reservas) y recoge un conjunto de medidas muy amplias, a desarrollar fundamentalmente por los Estados, en relación con actos de corrupción en un sentido igualmente amplio, ocupándose del cohecho, el tráfico de influencias, el blanqueo de capitales y hasta de infracciones de un carácter más bien contable que pueden facilitar o favorecer el descontrol y, por tanto, el ejercicio de influencia ilegítima sobre quienes toman decisiones. La Convención penal contra la corrupción (del Consejo de Europa) no sólo se fija en la corrupción activa y pasiva relativa a los funcionarios públicos nacionales y extranjeros, sino que también aborda la cuestión de la corrupción en el sector privado y exige a los Estados la adopción de medidas eficaces para hacer frente a los hechos de corrupción que se producen en las relaciones económico-privadas.

La Convención cuenta con un Protocolo adicional⁵⁰ abierto a la firma en el año 2003, y que extiende la condición funcional, a los efectos de la corrupción, a personas que intervienen (por ejemplo, árbitros y jurados) en la resolución amigable de conflictos.

44. Como, por ejemplo, la Resolución (97) 24 sobre los veinte principios rectores de la lucha contra la corrupción, adoptado por el Comité de Ministros el 6 noviembre 1997. <https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=593789&Lang=en>

45. Así, Recomendación R (2000) 10 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre códigos de conducta para los funcionarios públicos, adoptada por el Comité de Ministros el 11 mayo 2000. <https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=353945&Lang=en>

46. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=174&CM=8&DF=10/9/04&CL=ENG> Ver también el texto en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, cit., pp. 173 ss.

47. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=173&CM=8&DF=10/9/04&CL=ENG> Ver también el texto en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, cit., pp. 163 ss.

48. L. Salazar, “The Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption”, en A. Alvazzi del Frate & G. Pasqua (eds.), *Responding... cit.*, pp. 221 ss.

49. B. Huber, “La lotta...”, cit., p. 475.

50. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=191&CM=8&DF=10/9/04&CL=ENG>

5.2.2. También en el marco de la *Unión Europea* –cuyo Tratado incluye a la lucha contra la corrupción como uno de los objetivos de la Unión en el marco de la prevención y lucha contra la delincuencia, organizada o no (art. 29)– se encuentran importantes iniciativas⁵¹ legislativas contra la corrupción.

– La primera tuvo lugar ya en el marco de las acciones de lucha contra el fraude comunitario, no en vano fraude y corrupción se presentan como “fenómenos difícilmente separables” y precisados de un abordaje “inescindible”⁵². Las disposiciones del Convenio europeo de protección de los intereses financieros de las comunidades de 26 de julio de 1995⁵³, centrado exclusivamente en aquellas infracciones que tenían que ver con los intereses financieros de la comunidad, pronto se vieron completadas, en particular, por un protocolo de 27 septiembre 1996⁵⁴, dirigido a regular los actos de corrupción que implican a funcionarios nacionales o comunitarios y que afectan o pueden afectar a los intereses financieros de las Comunidades europeas, al que siguió un segundo protocolo⁵⁵ de 19 junio 1997, dirigido a mejorar la eficacia de la protección penal de los intereses financieros de las Comunidades europeas y que parte de un concepto de corrupción en sentido amplio, incluyendo referencias al blanqueo, las posibles responsabilidades de personas jurídicas, etc.

Con todo, dada la restricción del ámbito de aplicación del Convenio relativo a los intereses financieros de la comunidad y de sus protocolos de desarrollo, el 26 de mayo de 1997 se aprobó un Convenio más específico relativo a la corrupción –activa y pasiva– que implique a funcionarios de las Comunidades Europeas o funcionarios de los Estados miembros de la Unión⁵⁶. El objetivo aquí es ya, por tanto, abordar la lucha contra la corrupción como fenómeno existente en Europa y que exige el desarrollo de medidas, en lo posible, armonizadas para favorecer luego la cooperación entre los Estados. El Convenio, que ha sido criticado por limitarse sólo a los funcionarios europeos o de los Estados integrantes de la Unión, algo que no sucede por ejemplo en el Convenio de la OEA⁵⁷, pone un gran peso de la prevención en el plano penal. Presenta aspectos de gran interés, como la exigencia de asimilación: los hechos de corrupción en los que se encuentren implicados funcionarios

51. Para un completo repaso de los esfuerzos de la Unión Europea en la materia, Y. Gallego-Casilda Grua, “The European Union’s Initiatives in the Fight against Corruption”, en A. Alvazzi del Frate, g. Pascua (eds.), *Responding...*, cit., pp. 189 ss; M. Grotz, “Legal instruments of the European Union to Combat Corruption”, en C. Fijnaut & L. Huberts, *Corruption*, cit., pp. 383 ss; M.A. Iglesias Rion, T. Medina Arnáiz, “Herramientas preventivas...”, cit., pp. 916 ss.

52. F. Ardito, “Frode ai danni dell’Unione Europea e Corruzione”, en J.C. Ferré Olivé (ed.), *Fraude y Corrupción*, cit., p. 313. Ver también, L. Acierno, “Le frodi comunitarie e la corruzione nell’attuale assetto normativo”, en J.C. Ferré Olivé (ed.), *Fraude de subvenciones...*, cit., pp. 149 ss.

53. DOCE C, 316, 27 noviembre 1995. Ver también el texto en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, cit., pp. 92 ss.

54. DOCE C, 313, 23 octubre 1996.

55. DOCE C, 221, 19 julio 1997.

56. DOCE C, 195, 25 junio 1997. Ver también el texto en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, cit., pp. 87 ss.

57. Con todo, M. Hollán, “International legal instruments ...”, cit., p. 35.

de la Comunidad Europea, etc., deben ser sancionados por los Estados al mismo nivel que los actos de corrupción en los que se encuentran involucrados sus propios funcionarios; este principio de asimilación –básico del Derecho europeo– se aplica aquí en el marco del Derecho penal. También son de mencionar la inclusión en la definición de corrupción de la violación específica de un deber oficial (algo no exigido explícitamente, por ejemplo, por la Convención del Consejo de Europa) y las cuestiones relativas a la exigencia de responsabilidad de los directivos de la empresa o de la propia persona jurídica –responsabilidad que no necesariamente tendrá que ser penal aunque podrá serlo en aquellos países que admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas– y el establecimiento de criterios claros de persecución de los hechos de corrupción.

– Ahora bien, en el marco de la Unión Europea no sólo se ha producido una regulación dirigida a la prevención y persecución de la corrupción en el sector público, sino que, como en el seno del Consejo de Europa, también se incide en la llamada corrupción (activa y pasiva) en el sector privado.

Esta línea de intervención –que supone, de algún modo, aplicar los mecanismos de transparencia y de lealtad que se predicán para las relaciones con la administración pública al ámbito y las relaciones y transacciones económicas– ha sido objeto de una Acción común (98/742/JAI), de 22 diciembre 1998⁵⁸, derogada por la reciente Decisión Marco (2003/568/JAI), de 22 julio 2003⁵⁹.

Desde el punto de vista político-criminal, el abordaje de la corrupción en el sector privado plantea una cuestión previa: el bien jurídico a proteger. Y es que si determinadas conductas susceptibles de calificación como actos de corrupción en el sector privado son generalmente objeto de sanción por parte de los códigos penales de los Estados europeos, “son extremadamente varios y heterogéneos”⁶⁰ los modelos de tratamiento de los hechos en el plano comparado. Así, desde la perspectiva del bien jurídico protegido⁶¹:

– hay países (por ejemplo, Francia, Austria) que, cuando sancionan la corrupción en el sector privado, tratan de proteger, desde una perspectiva laboralista o patrimonialista, la lealtad del empleado respecto de su empleador, por tanto se fijan en la tutela de la jerarquía dentro de la empresa y tratan de evitar que un empleado (cuando tiene capacidad de decisión) pueda verse influi-

58. DOCE L, 358, de 31 diciembre 1998. Ver también el texto en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, cit., pp. 97 ss.

59. DOUE L 192, de 31 julio 2003. Ver también la iniciativa de Dinamarca sobre la lucha contra la corrupción en el sector privado (DOCE C, 184, 2 agosto 2002).

60. L. Foffani, “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado”, *Revista Penal*, 12, julio, 2003, p. 63.

61. J.L. de la Cuesta Arzamendi e I. Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado– ¿Asignatura pendiente del derecho penal español?”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor. Dr.D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 259 y ss; J.L. de la Cuesta e I. Blanco, “La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato”, en *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma* (a cura di R. Acquaroli e L. Foffani), Milano, 2003, pp. 43 y ss.

do en cuanto a sus decisiones por elementos o intereses diversos de los intereses de la empresa, de su empleador;

- frente a ello, otros ordenamientos, como el alemán, consideran que la protección que hay que garantizar a través de la sanción de la corrupción en el sector privado es la libre competencia. Libre competencia que se podría ver fuertemente influida de un modo negativo a través de la introducción, en el marco de las relaciones contractuales económicas, de elementos extraños a los propios del libre juego de los productos y servicios.

La consecuencia principal de una u otra perspectiva no es irrelevante: mientras que en los países que siguen el sistema de la lealtad la recepción de una comisión sin conocimiento del empleador será punible, en aquellos que buscan la protección de la libre competencia el hecho de que el empleador esté de acuerdo con que el empleado reciba una comisión no anula el carácter atentatorio contra la libre competencia y, por tanto, el hecho sigue siendo un supuesto de corrupción.

En cualquier caso, y por lo que respecta a España, el Estado español no cumplió las obligaciones comunitarias establecidas por la Acción común en este punto⁶² y, aun cuando a través de los delitos de apropiación indebida o de administración desleal pueden cubrirse algunos de los supuestos de corrupción en el sector privado⁶³, el hecho cierto es que la legislación existente todavía no alcanza a realizar plenamente las previsiones establecidas por la Unión europea en la Decisión Marco, que autoriza a los Estados a limitar (al menos, hasta julio de 2010) el ámbito de aplicación de los supuestos punibles de corrupción activa y pasiva en el sector privado a los “actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales” (art. 2, 3 y 4) y fija la fecha del 22 de julio de 2005 como límite para la adaptación de las legislaciones al contenido de la misma.

- Para terminar, en el seno de la Unión Europea se encargó a un grupo de expertos la elaboración de un cuerpo legislativo que sintetizara los principios y disposiciones penales elementales para alcanzar un espacio judicial común y proteger los bienes jurídicos comunitarios. El *Corpus Juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión europea*, elaborado como resultado de este encargo⁶⁴, se ocupa, en consecuencia, de tipificar ocho figuras

62. J.L. de la Cuesta Arzamendi e I. Blanco Cordero, “La criminalización...”, *cit.*, pp. 289 y s.

63. A. Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado (Reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del derecho comparado)”, *Revista Penal*, 10, julio 2002, pp. 55 ss. Propone, en todo caso, este autor la introducción de un supuesto de administración desleal mediante el pago de sobornos (p. 68). Acerca de la insuficiencia de la figura del art. 295 CP para hacer frente a todos los supuestos contemplados, también, P. Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, *Estudios penales y criminológicos*, XXIII, 2002, pp. 95 y s.

64. J.L. de la Cuesta Arzamendi, “El fraude en materia de ingresos de la Unión Europea y su tratamiento por el derecho penal español”, en G. Quintero Olivares, F. Morales Prats (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), 2001, pp. 1211 ss; E. Demetrio Crespo, “Consideraciones...”, *cit.*, p. 179; J.C. Ferré Olivé, “Corrupción y fraude...”, *cit.*, p. 16.

delictivas, entre las que se encuentra (art. 5)⁶⁵ el delito de corrupción tanto activa como pasiva, dentro de los delitos cometidos por funcionarios europeos o nacionales cuando afecta a los intereses financieros de las comunidades europeas⁶⁶.

INICIATIVAS DE CARÁCTER GLOBAL

6. Pasando del marco regional al global, merecen destacarse, entre otras⁶⁷, las iniciativas de la OCDE y por parte de las Naciones Unidas⁶⁸.

6.1. Hasta hace no mucho, también en el seno de las transacciones internacionales el doble rasero se encontraba muy extendido y lo que no se admitía dentro del Estado (la corrupción de funcionarios) era considerada una práctica legítima cuando se trataba de funcionarios extranjeros, por las ventajas que suponía para las empresas nacionales y a pesar del riesgo evidente de que quien emplee la corrupción fuera se resista a aplicarla en casa. Ahora bien, la progresiva globalización puso de manifiesto la urgencia en garantizar también la lealtad en el marco de las transacciones internacionales y la necesidad de hacerlo de un modo internacional para evitar que regulaciones nacionales restrictivas supusieran una desventaja competitiva de las propias empresas en el exterior⁶⁹. Esto fue particularmente evidente en los EE.UU. de América que ya en 1977 aprobaban una Ley de prácticas corruptas en el exterior (*Foreign Corrupt Practices Act*), enmendada posteriormente por la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988. Por influjo de éstos⁷⁰, en la década de los noventa la OCDE comienza a desplegar todo un conjunto de acciones dirigido a establecer mecanismos de cooperación interestatal en la lucha contra la corrupción

65. Ver el texto de la versión del año 2000 en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, cit., p. 178.

66. Por su parte, el proyecto de "eurodelitos", elaborado como iniciativa científica privada bajo el liderazgo del Prof. Tiedemann, tipifica el cohecho activo y pasivo en el tráfico económico (art. 36), incluido en el marco de la protección penal de la competencia. K. Tiedemann (dir.), A. Nieto Martín (coord.), *Eurodelitos. El Derecho Penal económico de la Unión Europea*, Cuenca, 2003, pp. 153 y s.

67. El Fondo Monetario Internacional formuló en 1999 un Código de buenas prácticas de transparencia en las políticas monetarias y financieras, centrado fundamentalmente en la actividad de los bancos centrales y los organismos financieros y en el modo en que elaboran y difunden sus decisiones de política monetaria y financiera, accesibilidad a las mismas por parte del público en general y control de sus cuentas e integridad (ver también el texto en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, cit., pp. 152 ss). Por su parte, en 1977, la *Cámara de Comercio Internacional* aprobó un informe sobre la extorsión y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, revisado en 1995. E. Demetrio Crespo, "Consideraciones...", cit., pp. 181 y s; B. Huber, "La lotta...", cit., p. 487.

68. También el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional se ocupa de la corrupción de los funcionarios de la Corte (art. 70). <http://www.icc-cji.org>

69. E. Savona, L. Mezzanotte, "Double Standards in Public Life: The Case of International Corruption", en *Corruption the Enemy Within*, The Hague, 1997, pp. 110 s.

70. B. Huber, "La lucha...", cit., pp. 41 y s. y 43. Matizadamente, en cuanto a la presión norteamericana, A. Nieto Martín. "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*, 12, julio, 2003, pp. 4 y s.

que, a juicio de algunos⁷¹, abrieron un nuevo horizonte en el derecho internacional. Lo primero fue la publicación de un conjunto de materiales de “*soft law*”⁷², en particular las recomendaciones sobre el soborno en las transacciones comerciales internacionales (1994), contra la deducibilidad tributaria de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros (1996)⁷³ y sobre la mejora de la ética profesional en los servicios públicos (1998)⁷⁴.

Ahora bien, el documento más importante de la OCDE en este ámbito es, sin duda, el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales⁷⁵ de 21 noviembre 1997.

Este Convenio –que establece un sistema de autocontrol y de control recíproco de cara a la verificación del cumplimiento de sus principios fundamentales– obliga a las partes a penalizar la corrupción (directa y por medio de grandes cantidades)⁷⁶ de funcionarios públicos extranjeros o internacionales que tiene lugar en las relaciones comerciales internacionales. El Convenio rompe con el criterio europeo –que, en el plano internacional, autoriza a los Estados a entender que sólo es funcionario quien reúne tal condición conforme al derecho extranjero y al propio derecho interno del Estado afectado– y, “en plena armonía” con el objetivo perseguido⁷⁷, adopta un concepto autónomo de funcionario⁷⁸, esto es, no dependiente de la legislación del estado extranjero afectado (art. 1,4) y que incluye a toda persona nombrada o elegida para cualquier posición legislativa, administrativa o judicial en un país extranjero o que ejerza una función pública en un país extranjero, incluido el servicio para una empresa pública o agencia pública. Con todo, y aunque permite la sanción de hechos no punibles en el país del funcionario, el Convenio se muestra muy respetuoso de la soberanía nacional y no contiene disposición alguna sobre la corrupción de los funcionarios nacionales, algo criticado por no haberse aprovechado el instrumento para armonizar las disposiciones ya existentes en la materia⁷⁹.

71. G. Adolfi, M. Pieth, “How to Make the Convention Work: the Organisation for Economic Cooperation and Development Recommendation and Convention on Bribery as an Example of a New Horizon in International Law”, en C. Fijnaut & L. Huberts, *Corruption, cit.*, pp. 349 ss.

72. E. Fabián Caparrós, “La corrupción...”, *cit.*, p. 121.

73. http://www.oecd.org/document/46/0,2340,en_2649_37447_2048174_1_1_1_37447,00.html Ver también el texto en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción, cit.*, pp. 147 ss.

74. <http://www.oecd.org/dataoecd/60/13/1899138.pdf>

75. <http://www.oecd.org/dataoecd/41/25/2031472.pdf> Ver también el texto en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción, cit.*, pp. 148 ss.

76. B-Huber, “La lotta...”, *cit.*, p. 471.

77. M. Hollán, “International legal instruments ...”, *cit.*, p. 39.

78. No así de “ventaja indebida”. Críticamente, M. Hollán, “International legal instruments ...”, *cit.*, p. 40.

79. M. Hollán, “International legal instruments ...”, *cit.*, p. 27.

Ratificado por España en el año 2000, dio lugar a una modificación del Código penal –técnicamente nada satisfactoria⁸⁰, al limitarse prácticamente a copiar en el artículo 445 bis el dictado de la Convención–, con objeto de dar cobertura a la sanción de los hechos de corrupción (fundamentalmente, cohecho, pero también tráfico de influencias) que tienen que ver con funcionarios públicos extranjeros, no cubiertos, en principio, suficientemente por la regulación interna en materia de delitos contra la administración pública.

6.2. Por su parte, las *Naciones Unidas* aprobaron ya el 12 de diciembre de 1996 la Declaración sobre la corrupción y los sobornos en las transacciones comerciales internacionales⁸¹ dirigida a lograr la tipificación como delito por parte de los Estados de los actos de sobornos a funcionarios públicos extranjeros y prohibir que las sumas pagadas como sobornos a cualquier funcionario público o representante electo de otro país fueran deducibles a efectos tributarios, requiriendo en 1997 la adopción por los Estados de las correspondientes medidas de aplicación (Res. 52/87 de 12 diciembre). A continuación y tras la adopción el 15 de diciembre de 1998 de una Acción sobre esta misma materia⁸²– publicaron un Programa contra la corrupción⁸³, puesto en marcha por la Oficina de las Naciones Unidas sobre drogas y sobre prevención del delito, con sede en Viena, y que presenta objetivos similares a los del GRECO europeo, pero en un plano global: ayudar a los Estados en sus esfuerzos de construcción y aplicación de mecanismos preventivos eficaces de la corrupción y para fomentar también el desarrollo de las vías de persecución de estos hechos cuando se produzcan.

El Programa de las Naciones Unidas contra la corrupción encuentra plasmación tanto a nivel internacional (a través del desarrollo de mecanismos de seguimiento y la aprobación de instrumentos y documentos internacionales contra la corrupción), como en el orden interno de los Estados, traduciéndose en acciones de apoyo y de ayuda técnica a los mismos de cara a la redacción de normas o al desarrollo de mecanismos de prevención, así como con vistas a la formación de los propios funcionarios o agentes de los Estados destinados a la lucha contra la corrupción.

Pero, en el seno de las Naciones Unidas, dejando al margen las referencias que en materia de corrupción contiene la Convención contra el Crimen organizado

80. A.I. Cerezo Domínguez, “La adaptación del sistema jurídico penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa”, *Actualidad Penal*, 21, 2001, pp. 453 ss; J.L. de la Cuesta Arzamendi, I. Blanco Cordero, “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales”, *Revista de ciencias penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 9 y ss; A. Nieto Martín, “La corrupción en el comercio internacional...”, *cit.*, pp. 18 s; M.J. Rodríguez Puerta, en G. Quintero Olivares, F. Morales Prats, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Elcano (Navarra), 2002, p. 1804. Ver también E.A. Fabián Caparrós, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Valencia, 2003.

81. Res. 51/191. Ver también el texto en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, *cit.*, pp. 107 ss. Ver también la Resolución 3514 de la Asamblea General de 15 diciembre 1975 y el Código de conducta para los titulares de cargos públicos aprobado el 16 de diciembre de 1996 (Res.51/59).

82. Ver también el texto en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, *cit.*, pp. 110 ss.

83. <http://www.unodc.org/unodc/es/corruption.html>

transnacional de Palermo (2000) (art. 8 y 23)⁸⁴, el texto de mayor interés y actualidad en el momento presente es, sin duda, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción⁸⁵, aprobada en diciembre de 2003, y cuya necesidad resultaba ampliamente sentida⁸⁶.

Se trata de un texto omnicompreensivo que pretende abarcar el fenómeno de la corrupción en todos sus aspectos: por consiguiente, tanto la corrupción en sentido estricto, como los delitos conexos o relativos a la corrupción (y hasta la corrupción en el sector privado), propiciando la intervención sin necesidad de esperar a que se produzcan daños directos a víctimas particulares o incluso al propio Estado. Objetivo central es tratar de impulsar políticas preventivas coordinadas, con participación social y con pleno respeto de los principios del Estado de derecho, y potenciar la creación por parte de los Estados de órganos especializados y coordinados de carácter independiente y con suficiente dotación pública para luchar contra la corrupción, así como la adopción de normas y criterios claros, transparentes y homologados en cuanto a la estructura, contratación y selección de funcionarios públicos, jueces y magistrados y el propio sistema administrativo y judicial.

En el orden preventivo la Convención también se ocupa de los criterios de selección y códigos de conducta de funcionarios públicos, de la transparencia e integridad en la gestión y financiación pública (y de la judicatura) y la financiación de los partidos políticos, así como de diversas medidas de intervención preventiva en relación con la corrupción en el sector privado y para combatir el blanqueo de dinero resultante de la corrupción.

Entrando en los aspectos penales y sancionatorios, la Convención recoge una lista muy amplia de conductas delictivas: cohecho, tráfico de influencias, malversación, encubrimiento, receptación, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, uso indebido de informaciones clasificadas, consecución de beneficios impropios y excesivos por parte de los funcionarios, corrupción en el sector privado, blanqueo de fondos, delitos contables, actuaciones de obstrucción a la justicia. También se aborda la posible responsabilidad de las personas jurídicas y se procura un mejor tratamiento de cuestiones que en ocasiones se presentan como problemáticas en este tipo de figuras delictivas, como el dolo o intención, los elementos subjetivos del injusto que han de concurrir en la realización de ciertos hechos, la tentativa y la participación.

Se establecen medidas para la protección de testigos y víctimas (y su compensación), y una lista larga de mecanismos de cooperación internacional entre los cuales destacan los relativos a la extradición y a la transferencia tanto de procedimientos como de personas condenadas, que se enmarcan en el mutuo auxilio judicial. Pero no sólo se busca el mutuo auxilio judicial, también se pretende impulsar la cooperación policial en la investigación de los hechos de corrupción –mediante el desarrollo de

84. http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_spa.pdf

85. http://www.unodc.org/unodc/en/crime_convention_corruption.html

86. M. Hollán, “International legal instruments...”, *cit.*, pp. 21-22.

investigaciones conjuntas, particularmente cuando la corrupción presenta un alcance internacional, la asistencia técnica, formación, recogida y análisis e intercambio de la información– y en la prevención y combate de la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción. La Convención se pronuncia claramente en este ámbito a favor de la superación de los obstáculos tradicionales procedentes del secreto bancario y en pro de la aplicación de las técnicas internacionalmente admitidas en la lucha contra el tráfico de drogas y, en general, el crimen organizado: agentes encubiertos, provocación policial, entregas controladas o vigiladas...

CONCLUSIÓN

7. El repaso de las plurales iniciativas internacionales –regionales y globales– en la lucha contra la corrupción pone de manifiesto la falta de uniformidad de las soluciones seguidas por unos y otros. Dejando al margen la cuestión del método elegido para alcanzar el objetivo perseguido⁸⁷, son muchos los puntos en que los instrumentos internacionales divergen. Así, por ejemplo, mientras que la OCDE sólo se fija en la corrupción activa y de funcionarios públicos extranjeros con fines comerciales, en el plano europeo y de las Naciones Unidas se tiende a contemplar tanto la corrupción activa como la pasiva, pero no necesariamente con base en el mismo concepto de funcionario ni con idénticas exigencias respecto del comportamiento típico, la necesidad de una infracción de deber, etc. También se observan importantes distancias en cuanto al tratamiento de la complicidad o de la tentativa o en lo relativo a la contemplación o no de otros abusos de la función pública, la corrupción en el sector privado, la responsabilidad de las personas jurídicas, sistemas de cooperación y de control, evaluación y seguimiento...

En este sentido, y sin perjuicio de que la nueva Convención de las Naciones Unidas pueda suponer el establecimiento de unas bases internacionales “mínimas”, susceptibles de mejora en el plano regional e interno, ante la diversidad de instrumentos jurídicos y a la luz de recientes estudios comparados publicados al respecto⁸⁸, cabe concluir, con carácter general, lo siguiente:

- 1) La relevancia de la corrupción es indudable y el daño que causa a la economía y a los propios sistemas políticos muy grande. Conviene, sin embargo, promover la realización de estudios e investigaciones criminológicas dirigidos a conocer mejor su extensión y a profundizar en sus diversos perfiles, manifestaciones (sociológicas, psicológicas, institucionales...) y alcance. Sólo un adecuado conocimiento criminológico de los fenómenos criminales sienta unas bases firmes para su apropiada prevención y sanción y los estudios desarrollados en esta materia resultan todavía insuficientes.

87. B. Huber, “La lotta...”, *cit.*, p. 477.

88. Ver, en particular, el vol. 74, 1-2 de la *Revue Internationale de Droit Pénal* (2003), correspondiente al Coloquio preparatorio de la segunda sección del XVII Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Tokio (Japón), 11-12 noviembre 2002.

- 2) Establecido lo anterior, el abordaje de la corrupción, como el de todo fenómeno social complejo, no puede hacerse desde un único plano o enfoque. Es en este sentido insensato confiar exclusivamente en el sistema penal para reducir la corrupción. Por el contrario, su abordaje exige la adopción de una perspectiva e intervención multilateral, algo especialmente imprescindible en el caso de la corrupción, dado el secretismo en que se mueve y las dificultades para la identificación de víctimas individuales que puedan denunciar los hechos, así como por su creciente trascendencia internacional.
- 3) La prevención de la corrupción requiere partir, desde su inicio, de una intensa labor de concienciación de la población y de los servidores públicos en cuanto a la importancia y gravedad del fenómeno y la inadmisibilidad de que las relaciones de los ciudadanos con la administración —e, incluso, en el sector privado— se vean distorsionadas por la intervención de personas o entes económica o políticamente poderosos que influyan en los llamados a decidir desviando las decisiones en un sentido o en otro.
- 4) Al lado de las campañas y esfuerzos de educativos, culturales y pedagógicos dirigidos a la concienciación social⁸⁹ con el fin de incrementar las exigencias y la censura y reproche (de los ciudadanos en general y en el seno de los colectivos más directamente susceptibles de influencia) en relación con la corrupción, desde un prisma preventivo resulta igualmente esencial una mayor y más eficaz intervención jurídico-administrativa⁹⁰ dirigida al establecimiento de reglas que aseguren un funcionamiento claro y transparente del sector público, a la implantación de sistemas eficaces de control de autoridades y funcionarios y de las cuentas públicas, a la aprobación de códigos de conducta y la formación de los servidores públicos, así como a la periódica evaluación de la aplicación y conformidad de todos estos instrumentos, a cuyo efecto, la realización de auditorías sistemáticas puede ser de una inapreciable ayuda.
- 5) La eficacia en la lucha internacional contra la corrupción aconseja la adopción de definiciones armonizadas de las conductas delictivas básicas, presupuesto fundamental para la aplicación de cualquier tipo de medida de cooperación y auxilio mutuo en el plano penal.
- 6) Además, el aseguramiento de una adecuada cobertura de las diversas modalidades de corrupción en el sector público por parte de la legislación penal, se vería favorecido por el establecimiento por parte de las legislaciones internas de un concepto “funcional” de funcionario público, que evite dejar fuera del mismo, no ya sólo a los funcionarios extranjeros y/o pertenecientes a las organizaciones internacionales, sino a los jueces, jurados, peritos y miem-

89. M.A. Iglesias Río, T. Medina Arnáiz, “Herramientas preventivas...”, *cit.*, pp. 929 y s.

90. R. Rivero Ortega, “Instituciones jurídico-administrativas y prevención de la corrupción”, en E.A. Fabián Caparrós, *La corrupción*, *cit.*, pp. 39 ss. Ver también el amplio listado recogido por M.A. Iglesias Río, T. Medina Arnáiz, “Herramientas preventivas...”, *cit.*, pp. 918 ss.

bros de las asambleas parlamentarias⁹¹, así como a todas aquellas personas que participan del ejercicio de las funciones públicas (incluso en los procesos electorales)⁹² aun cuando formalmente no tengan la condición estatutaria de funcionarios.

- 7) Por su importancia y gravedad, conviene aplicar medidas penales adecuadas para hacer frente a la corrupción en el sector privado⁹³, al tráfico de influencias y a todo aquel conjunto de figuras delictivas que son conexas o que se encuentran muy relacionadas con la corrupción: no pocas veces la persecución y sanción de estas conductas puede ser la vía más eficaz de combatir aquélla: También aquí el esfuerzo por la armonización y homologación de las disposiciones penales resulta indispensable de cara a asegurar una base firme para la cooperación internacional.
- 8) La corrupción merece sancionarse con penas de carácter disuasorio, efectivas y proporcionales a la entidad y gravedad del hecho delictivo cometido. Las sanciones deberían agravarse cuando los hechos se conecten con el crimen organizado.

Penas como la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, para la participación en concursos o sistemas públicos de contratación o de cara al mantenimiento de relaciones –directas o indirectas– de carácter comercial o de servicios con la administración, pueden ser muy eficaces en este ámbito donde lo que se persigue fundamentalmente es la obtención de un lucro o la obtención de ventajas, a la postre, de contenido económico. Otras vías sancionatorias (como la publicación de la sentencia, con el consiguiente efecto en la imagen frente a los consumidores) pueden resultar de interés en la articulación de respuestas eficaces desde el prisma preventivo para los hechos de corrupción.

También ha de prestarse especial atención a los mecanismos que garantizan la confiscación de los sobornos y demás elementos utilizados para la realización de hechos de corrupción, así como para la prevención y sanción del blanqueo de capitales procedentes de la corrupción.

Es necesario estudiar el modo más adecuado de intervención respecto de las entidades y personas jurídicas, bien a través de la declaración de su responsabilidad penal directa –posibilidad que se va extendiendo en no pocos Estados– o mediante el establecimiento de medidas o consecuencias aplicables a las mismas cuando hayan servido de instrumento para la realización de los hechos de corrupción por parte de los individuos personalmente responsables.

91. M.P. Wassmer, "Bribery of a member of a Public Assembly. Comment on the Resolution of the Young Penalists on Corruption and Related Offences in International Business Activities", en K. Ligeti (ed.), *Young Penalist Conference*, cit., pp. 99 ss.

92. M. Hollán, "International legal instruments...", cit., p. 50.

93. Incluidas las organizaciones no lucrativas. Hollán, "International legal instruments...", cit., p. 59.

- 9) En el plano procesal y de la investigación policial⁹⁴, junto a la conveniencia de la “especialización orgánica” y la armonización de los instrumentos procesales⁹⁵ que faciliten la cooperación internacional, la cercanía del fenómeno de la corrupción con el crimen organizado justifica en estos casos la aplicación en su persecución de técnicas internacionalmente admitidas⁹⁶ en la lucha contra este tipo de criminalidad.

94. J.C. Ferré Olivé (ed.), *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. IV, Salamanca, 2002.

95. N. Rodríguez García, “Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción”, en E.A. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción*, cit., pp. 74 s.

96. Para un rápido repaso de algunas de ellas, M.A. Iglesias Río, T. Medina Arnáiz, “Herramientas preventivas...”, cit., pp. 930 y ss.