

## VISION GENERAL SOBRE LAS RESOLUCIONES E INICIATIVAS INTERNACIONALES EN MATERIA DE CORRUPCION

Inma Valeije Álvarez

### 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Del delito de cohecho se puede hablar desde diversas perspectivas, en ocasiones más interesantes e ilustrativas que las que ofrece el mero análisis técnico jurídico de las normas positivas. En la disciplina que me ocupa, un estudio completo de los referidos tipos penales debería abordar al menos dos perspectivas: el punto de vista político criminal y el punto de vista dogmático. Comenzaré abordando el cohecho y otras conductas con él relacionadas primando el aspecto político criminal. Desde el punto de vista político criminal más que de delitos contra la Administración Pública se puede hablar de corrupción - que es como se designan esta clase de conductas en la Sociología y en la Ciencia Política- y más comúnmente en el lenguaje popular. Mi preferencia, obedece a la firme convicción de que en la denominada ambiguamente lucha contra la corrupción, al igual que sucede con otros delitos (tráfico de drogas, blanqueo de capitales, información privilegiada, violencia contra la mujer, etc.) nos hallamos ante un banco de pruebas para las nuevas tendencias del Derecho penal contemporáneo. Que en mi opinión son brevemente resumidas fundamentalmente las siguientes:

La expansión del Derecho Penal o la solución de conflictos a través del Derecho penal lo que implica una pérdida de contornos del Derecho penal liberal ("Law and order" versus Derecho penal liberal).

La invasión de modelos pragmáticos y de privatización como resolución alternativa de conflictos o la desformalización del juicio oral (el principio de oportunidad con base a criterios de interés público, y en materia de ejecución de pena: la mediación y los programas víctima-victimario y la reparación como tercera vía en el Derecho penal moderno).

La criminalidad organizada y su significado en el marco de la evolución de la criminalidad y de los mecanismos de control, la criminalidad de empresa y modelos de imputación penal para solventar problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Aspectos dogmáticos y criminológicos de las nuevas formas de fraude y corrupción en las sociedades complejas" (XUGA- PGID-TOIPX139701PR) y del que es investigador principal el Prf. Dr. Javier de Vicente Remesal, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Vigo.

El proceso de unificación europea y su repercusión penal: técnicas de tutela de intereses comunitarios, armonización y coordinación de los sistemas sancionatorios oficiales.

El auge del Derecho penal internacional y el reconocimiento de nuevas figuras pertinentes de Derecho penal material para establecer reglas adecuadas de competencia (tensión entre la dimensión global de algunos delitos y la territorialidad de las normas penales dirigidas a reprimirlos)

La política criminal, la propuestas de leyes represivas del cohecho en todas sus modalidades, la persecución y castigo afectan a todas y cada una de las facetas enumeradas como paradigmas del Derecho penal moderno.<sup>2</sup>

## 2. DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL FENÓMENO DE CORRUPCIÓN

La lucha contra la corrupción acapara la atención mundial. Tanto la Unión Europea como otros organismos internacionales (Naciones Unidas, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización de Estados americanos, Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), Organización Mundial de Comercio, Consejo de Europa, G7, e incluso organismos privados como la Cámara de Comercio Internacional o Transparency International<sup>3</sup>) han emprendido en estos últimos años la cruzada anticorrupción y que cubre diversos aspectos: comercio internacional, competencia, ayuda financiera y técnica (gastos exteriores, recursos propios de la Comunidad, cooperación al desarrollo y estrategia de preadhesión). Asistimos a un convencimiento de que la corrupción es un problema que está extendido por todo el mundo y que para prevenirlo y luchar contra él se requieren medidas generales y variadas, que deben ser adoptadas a nivel global, europeo, nacional, regional, local y de acuerdo a una estrategia global, integrada y flexible<sup>4</sup>.

Sin embargo, es preciso adelantar que el efecto de globalización del control en nombre de la "lucha contra la corrupción" se combina con la liberalización del campo penal y con la consiguiente traslación del poder de decisión- y también sancionatorio- a instancias supranacionales, sustancialmente privadas de la necesaria legitimación democrática en las formas intervención penal. En el contexto normativo internacional es fácilmente apreciable como se multiplican las intervenciones dirigidas a mejorar la eficacia en los controles de los fenómenos delictivos mediante el desarrollo y el endurecimiento de los instrumentos normativos de matriz represiva. Y aunque tales intervenciones pudieran abstractamente ser justificables sobre el plano de la finalidad perseguida, sin embargo aparecen caracterizadas por un cierta opacidad y por un déficit democrático

2 Vid. Ley Orgánica de Cooperación Jurídica internacional en materia penal para articular los mecanismos procesales y orgánicos que permitan al Estado el cumplimiento de sus numerosos y complejos compromisos internacionales. En orden a las consecuencias dogmáticas y a los principios político-criminales del denominado Derecho penal de la globalización vid. el conocido pronóstico de Silva Sánchez expuesto en su libro: *La expansión del Derecho penal* (2ª ed.) Madrid 2001, págs.103 y ss.

3 Transparency Internacional - según Christiam de Brie en su artículo "Estados, mafias y transnacionales: agentes asociados" en *Monde Diplomatique* Abril 2000 num. 54 -se trata de una asociación de lobbying financiada por gobiernos y sobre todo por empresas norteamericanas expertas en la materia tales como Lockheed, Boeing, IBM, General Motors, Exxon, General Electric, entre otras.

4 Vid. Klitgaard, R.: "Estrategia a nivel nacional e internacional para reducir la corrupción", en *Corrupción. Pena y Estado. Revista Latino-americana de Política Criminal. Año 1, num. 1, Buenos Aires 1995, págs. 245 y ss.*

co en relación a los procedimientos institucionales de aprobación y gestión, desvalorizando la preeminencia del principio de legalidad que debe imperativamente presidir todo tipo de intervención penal. Este movimiento internacional de carácter neoliberal y capitalista que intenta generar en el mundo un marco de libre mercado y competencia perfecta liderada por Estados Unidos y apoyado desde diversas instituciones internacionales publicas y privadas va acompañado de medidas limitativas de la actuación individual de los distintos Estados y es atacada desde diversos frentes por ir en contra de la soberanía nacional de los distintos países. En síntesis, retomando las palabras de Terradillos Basoco cabe decir que "la globalización ha supuesto un desplazamiento de los centros de decisión hacia lo que Capella denomina el "soberano privado superestatal difuso", titular de un poder de hecho nacido no del acuerdo internacional, sino de la conjunción de grandes compañías transnacionales y de los conglomerados financieros. El G7, el Banco Mundial, el Fondo Monetario internacional, la Organización Mundial de Comercio, entre otras instituciones son titulares privados de un poder supraestatal, que interactúa con los Estados, con lo que produce efectos de naturaleza pública<sup>5</sup>.

## 3. MOTIVOS EN LA CRUZADA ANTICORRUPCIÓN

Cabe preguntarse porque la corrupción surge ahora como una prioridad internacional. Un primer argumento es que el fenómeno se haya agravado por la economización de la sociedad: el rápido incremento del comercio y de las comunicaciones internacionales. Otra posibilidad es que determinadas reformas se están extendiendo de un lado al otro del planeta creando nuevas oportunidades de corrupción al modificar las tradicionales reglas de juego y, en algunos casos, como sucede con los países del Este de Europa los cambios políticos no siempre van acompañados de un desarrollo parejo de las instituciones y de los incentivos del sector público. También es posible que las campañas de eliminación de la corrupción funcionen como un discurso que permite eliminar programas públicos del presupuesto ordinario de los Estados y adoptar programas privados de gestión de recursos públicos creíbles. Lo cierto, es que no hay una explicación convincente y unívoca al fenómeno por eso preferimos ceñirnos en nuestra exposición a resumir las distintas versiones que han dado algunos de los marcos institucionales implicados en esta lucha. Sin embargo, son muchos los instrumentos jurídicos internacionales que se han creado y que actualmente se encuentran en proceso de ser ratificados en los parlamentos europeos y en otros ámbitos geográficos o que incluso forman parte del ordenamientos jurídicos de algunos países, aquí se señalan solo algunos de los mas importantes de entre los 21 acerca de los cuales ya se ha llegado a un acuerdo<sup>6</sup>:

- La Convención interamericana contra la corrupción "*Inter American -Convention against Corruption*" de 1996.
- La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico "*Organization for Economic Cooperation and Development*" (OECD) de 1998
- La Convención jurídico-civil contra la Corrupción del Consejo de Europa de 1999.

5 Terradillos Basoco, J. M.: "Sistema penal y criminalidad internacional" en *Homenaje al Profesor Barbero Santos in memoriam* (dirigido por Luis A. Arroyo Zapatero y Ignacio Berdugo de la Torre). Vol. I, Cuenca 2001, pág. 755. Terradillos Basoco retoma el concepto acuñado por Capella de "soberano supraestatal difuso" del libro del mismo autor "*Fruta prohibida. Una aproximación histórica teórica al estudio del derecho y del Estado*". Madrid. 1997.

6 Vid. Huber Barbara: "*La Lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*", en *Revista Penal*, número 9 págs. 41 y ss.

- La Convención de la Unión europea sobre la protección de los intereses financieros de la UE de 1995 y los dos Protocolos acerca de la corrupción pública.
- La Convención de la Unión Europea para la lucha contra el cohecho de funcionarios de la CE o de funcionarios de Estados miembros de 1997.
- Las disposiciones comunes de la Unión europea contra la corrupción en el sector privado de 1998.

En el contexto internacional son varios los agentes implicados por lo que el interés por la corrupción obedece a diversos motivos.

#### 4. VISIÓN GENERAL SOBRE LAS RESOLUCIONES E INICIATIVAS INTERNACIONALES

Primero traer a colación algunas de las consideraciones tratadas en la Conferencia del Cairo organizada por Naciones Unidas entre el 29 de abril y 18 de mayo de 1995<sup>7</sup>. En esta sede se ha dicho que la corrupción daña a la credibilidad de las instituciones democráticas (desvirtuando así las tesis hacendísticas y estructuralistas de que cierta tasa de corrupción son consustanciales a la democracia) determina una perversa utilización de recursos públicos y privados, tiene consecuencias graves en términos de mantenimiento y agravación del subdesarrollo en todas las áreas del mundo y daña la libre competencia en el mercado por medio de prácticas de competencia desleal<sup>8</sup>.

En el caso de la Organización de Comercio y Desarrollo (de ahora en adelante OCDE) el interés es puramente económico y se apoya en una concepción liberal de los intercambios económicos internacionales. El comercio internacional con numerosos países del mundo, en particular el sudeste de Asia, pero también entre los países pertenecientes a la OCDE funciona frecuentemente no sobre los méritos de las respectivas empresas competidoras (precio, servicio y producto) sino en función de los sobornos que se entregan a los funcionarios del Estado receptor o a los candidatos de partidos políticos para poder entrar en esos mercados a menudo en régimen de monopolio (frecuentemente se trata de empresas petroleras, farmacéuticas y de armamento). Queda así, que con estas prácticas el mercado internacional adolece de transparencia y no responde a las condiciones de libre competencia tal y como abogan los dogmas del liberalismo económico. La OCDE, en cuanto organización de la que forman parte 29 países que producen más de dos tercios de los bienes y servicios producidos en todo el mundo, ya se había ocupado de la corrupción, pero en un contexto más amplio, en los Principios dirigidos a las empresas multinacionales en 1976<sup>9</sup>. La Recomendación de la OCDE del

7

<sup>8</sup> Vid. Parisi Nicoletta: *Organizzazione Internazionale e lotta alla corruzione: questione introduttiva*. pág. 7. y Di Pietro A.: *Esperienze relative alle misure pratiche tendenti a contrastare la corruzione che coinvolge i pubblici ufficiali*, ambos trabajos en *Quaderni Giuridici del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Trieste*. N 11. 1995

<sup>9</sup> *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, OCSE 1976*. El texto ha sido actualizado en 1979, 1982 y 1984. El objetivo de tales principios, de carácter no obligatorio, es el de contribuir a armonizar las operaciones de empresas multinacionales con las políticas nacionales de los países en las que operan, el de reforzar la confianza recíproca entre las empresas de los Estados receptores y el de crear un clima favorable en materia de inversiones externas. En este contexto se exigen algunos *estándares* de comportamiento a las empresas de los que destacan los establecidos en los puntos 7 y 8. En el primero se invita a las empresas a no efectuar ningún pago ilícito o conceder ninguna ventaja indebida directa o indirectamente a un funcionario o titular de un cargo público". El segundo artículo prevé que las empresas no deben entregar ninguna contribución, a menos que sea legalmente admitida, a los candidatos a cargos públicos, a

27 de mayo de 1994 incide en cambio como objeto específico en la corrupción en el ámbito de las operaciones comerciales internacionales. Su objetivo prioritario es salvar las desigualdades en la legislación anticorrupción de los Estados miembros con objeto de eliminar ventajas competitivas derivadas de prácticas colusivas con funcionarios de los países con los que realizan operaciones comerciales (frecuentemente se trata de países con economías empobrecidas o en vías de desarrollo pero no exclusivamente).

En consecuencia, la Recomendación de 1994 contiene una invitación general a los Estados miembros a fin de que adopten medidas efectivas para combatir y criminalizar la corrupción de funcionarios públicos extranjeros. Aunque se trata de una recomendación de valor político, y por lo tanto, no vinculante, sus disposiciones aluden a ciertas estrategias que se consideran como los puntos cruciales por los que debe discurrir la lucha contra la corrupción en el comercio internacional. Como reflejaremos en un momento posterior de este trabajo la definición de corrupción está inspirada en la *Foreign Corrupt Practices Act* americana. Asimismo, la Recomendación de 1994 estimula a los Estados miembros a modificar su legislación interna para impedir la deducibilidad fiscal como "gastos de negocios" de las comisiones ilícitas, para hacer más transparente la contabilidad de las empresas relativas a los pagos más significativos y para negar la concesión de beneficios (financiación, avales de créditos a la exportación, etcétera) a las empresas acusadas de emplear dichos procedimientos<sup>10</sup>.

La ratificación por España del Convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997, conllevó la necesidad de tipificar penalmente las conductas contempladas en el Convenio. Siendo así que por el procedimiento de urgencia se quiso añadir al actual art. 423 relativo a la corrupción activa un tercer párrafo. Esta idea inicial fue modificada por una enmienda del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos que propusieron que, por tratarse de un bien jurídico perfectamente diferenciado, se contemplara en un Título nuevo y aparte. La modificación culminó con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2000 de 11 de enero por la que se añade el Título XIX bis al Libro II "*De los delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales*" con un único artículo el 445 bis que viene a castigar el soborno de funcionarios extranjeros para obtener algún contrato u otro beneficio irregular<sup>11</sup>. La inclusión de este nuevo tipo penal de participación necesaria dotado de cierta eficacia "extraterritorial" suscita más de un

partidos políticos u otras organizaciones políticas". También es interesante traer a colación el mecanismo institucional puesto en marcha para implantar los principios de la OCDE, se trata del *Comité interministerial para la inversión internacional y para las empresas multinacionales* (CIME). Se trata de un foro en el que se debaten todas las cuestiones relativas a la aplicación de los principios antes mencionados. En el CIME pueden participar las empresas interesadas. Aunque el CIME no puede aludir en sus conclusiones a empresas determinadas, la publicidad que caracteriza a sus debates constituye, en opinión de sus miembros, un medio disuasorio para aquellas empresas que persisten en la violación de los principios de la OCDE. Sobre este aspecto vid. Draeta Ugo: *Spunti per una azione comunitaria contro la corruzione nel commercio internazionale* en Nicoletta Parisi (a cura di) *La cooperazione giuridica internazionale*, op. cit. pág. 37 y ss.

<sup>10</sup> Obviamente, la Comunidad Europea, en cuanto organización supranacional, no es parte del Convenio de la OCDE pero influyó en la ratificación del mismo por parte de sus Estados miembros con dos posiciones comunitarias que contribuyeron al establecimiento del Convenio. Se recogen en el DOCE, L 279 de 13 de octubre de 1997 y DOCE, L 320 de 21 de noviembre de 1997 respectivamente.

<sup>11</sup> Sin embargo es necesario destacar que en el nuevo Anteproyecto por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal se deroga el actual Título XIX bis y se añade al Título XIX". De los delitos contra la Administración Pública" el Capítulo X con la siguiente rúbrica "De los delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales". En dicho capítulo figura un único artículo que es el art. 445. Manteniendo la redacción anterior se le añade un segundo párrafo que permite al juez imponer una consecuencia accesoria del art. 129 si el culpable perteneciere alguna sociedad, organización o asociación incluso de carácter transitorio.

problema dogmático (bien jurídico, remisión de la pena a la prevista para el cohecho pasivo, si es o no aplicable con relación a las figuras de cohecho pasivo impropio, aplicación de la cláusula absoluta del art. 427 del CP, etc.) que no intentaremos solventar en este trabajo, sin embargo en mi opinión, el problema más acuciante será el fijar el significado del elemento del tipo "funcionario extranjero". Según, expone Cerezo Domínguez, aunque serán los Tribunales españoles los que tendrán que perfilar la definición dado que el art. 24. 2 del Cp español no puede acoger en su definición a "funcionarios extranjeros", deberán tener presente lo dispuesto en el apartado 4 del art. 1 del Convenio de la OCDE.<sup>12</sup>

En el caso de la Comunidad Europea su preocupación es de orden presupuestario y de prestar la protección adecuada a los intereses financieros comunes de los distintos Estados miembros. La Comunidad tiene importantes recursos propios y es la patrocinadora de numerosos programas de financiación, pero actúa en un contexto jurídico en el que carece de competencias para dictar disposiciones penales con relación a las materias de su competencia. En este contexto es lógico que la consecuencia natural haya sido atajar las diferentes formas de corrupción en la medida de que constituye un instrumento privilegiado para aquellas personas físicas o jurídicas que desean defraudar o que el éxito de su empresa dependa de la complacencia de un funcionario nacional o comunitario responsable de la percepción, la gestión, el gasto o control de los fondos comunitarios. La corrupción en sus diversas modalidades (cohecho, abuso de oficio, tráfico de influencias, etc.) es, por excelencia, el acto preparatorio idóneo para inducir a un funcionario poco escrupuloso al fraude.

Esta es la razón por la que la Comunidad Europea, en el "marco del tercer pilar" del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) adoptó la *Convención relativa a la lucha contra los intereses financieros de la Comunidad* (1995) así como sus *Protocolos Adicionales del 27 de septiembre de 1996 y del 29 de noviembre de 1997* (denominados en lo sucesivo "instrumentos PIF"). Se trata de los primeros intentos importantes de un zócalo común relativo a la protección de los intereses financieros de la Unión, en la medida que cubren algunos aspectos de derecho penal sustantivo y de cooperación judicial en esta materia. Recoge también definiciones y sanciones que deben ser acordadas en los distintos derechos penales nacionales para algunas infracciones perjudiciales a los intereses financieros comunitarios como el fraude y la corrupción en particular, así como las obligaciones de los distintos Estados miembros en materia de competencia, de ayuda mutua judicial, extradición y transferencia y centralización de actuaciones judiciales- por no mencionar más que algunos de los principales elementos de tales instrumentos- que debieran contribuir a reforzar considerablemente la protección de los intereses financieros comunitarios que se ven especialmente perjudicada por el fraccionamiento del espacio europeo.

Más recientemente, la Comunidad Europea ha adoptado el Convenio establecido sobre la base del art. K 3 parágrafo 2, punto C) del Tratado de la Unión europea relativo a la lucha contra la corrupción donde estén implicados los funcionarios de las Comunidades europeas o funcionarios de los Estados miembros de la Unión europea (1997)<sup>13</sup> tal y como había auspiciado Tiedemann en su momento<sup>14</sup>.

12 El ap. 4 del art. 1 dispone que es funcionario extranjero "cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública"

13 DOCE, C 195 de 25.06.1997.

14 Vid. Tiedemann, K.: *Reform des Sanktionswesens auf dem Gebiete des Agrarmarktes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Festschrift für G.Peiffer, Finanzianinteressen der EG, NJW 1990.*

La protección de los intereses comunes de las Comunidades Europeas pasa por la incriminación común y conjunta de los distintos Estados miembros de las diferentes formas de fraude: esto es, por la armonización y coordinación de los sistemas sancionatorios en materia de corrupción. Para posibilitar la aproximación de las legislaciones nacionales la Comunidad Económica europea contará a su favor con las directivas de armonización. Sus destinatarios (los Estados miembros) se comprometen a introducir en su ordenamiento las modificaciones precisas a fin de alcanzar la realización de los complejos objetivos económicos que conlleva la implantación del mercado común y la libertad establecimiento, el funcionamiento del mercado y la realización de los objetivos generales del art. 2 del Tratado de Maastrich. Por otra parte, las directivas de armonización inciden en la interpretación de las normas penales de tal forma que son una fórmula no destinada a crear un derecho unitario europeo en sentido formal sino una equivalencia de efectos jurídicos derivados de los respectivos ordenamientos nacionales. A su vez el principio de lealtad comunitaria impone la interpretación del Derecho nacional conforme a las Directivas. De este modo se intenta reforzar la protección por el Derecho nacional de los intereses de la Unión Europea, homogeneizar las características que son competencia del Derecho comunitario y eliminar obstáculos y desigualdades en el comercio internacional. Sin embargo, también se ha opuesto a la Directivas objeciones de naturaleza política que afectan en primer lugar al procedimiento de adopción. Desde el punto de vista de los contenidos también pueden detectarse reservas a la conciliabilidad de la armonización con el principio de legalidad.

Los inconvenientes del procedimiento de armonización a través de directivas han conducido a plantear la vía de unificación consistente en la elaboración de unas reglas comunes, aplicables en el espacio judicial europeo, en principio solo respecto a determinados delitos contra los intereses que la Comunidad asume como propios. A esta opción responde el texto conocido como "Corpus Iuris" Se trata de un estudio realizado por un grupo de expertos, a petición del Parlamento Europeo y la Comisión cuyo significado, en palabras de Adán Nieto, trasciende la propia protección de los intereses financieros de la Comunidad en cuanto se puede adivinar un primer ensayo o esbozo de un espacio europeo unificado<sup>15</sup>. Actualmente existe una segunda versión del Corpus Iuris (año 2000) codirigido por Delmás- Marty y por Vervaele que viene a sustituir al elaborado en el año 1997.

En el caso del Consejo de Europa, sus motivos en la lucha contra la corrupción son de orden político motivados por la adhesión masiva a esta organización internacional a partir de los años 90 de los Estados de la Europa Central y Oriental (Letonia, Bulgaria, Eslovenia, etc.)<sup>16</sup>. El Consejo de Europa juega el rol de un "thinktank" para armonizar el ordenamiento jurídico y desempeña un papel fundamental en la defensa de los valores fundamentales de la democracia y de la preeminencia de los ciudadanos. La corrupción ha sido percibida como una amenaza grave a estos valores, especialmente en un contexto de transición de uno a otro modelo de sociedad. Esta transición - a la vez política y económica- implica un momento de inevitable debilidad organizativa y social y es preciso ayudar a estos países a alcanzar la paridad mediante ayudas y programas de formación e intercambio. En este contexto se tomó la primera iniciativa en la 19ª Conferencia de Ministros de Justicia en la Vallete el 14 y 15 de junio de 1994: *la Resolución relativa a los aspectos civiles, administrativos y penales de la lucha contra la corrupción*

15 Vid. Bacigalupo, E. (estudio preliminar): *Hacia un espacio europeo: Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión europea. Madrid 1998*

16 Vid. Flore, D.: *L'incrimination de la corruption: les nouveaux instruments internationaux. La nouvelle loi belge du 10 de fevrier. Bruxelles 1999, pag.8*

En 1997 el Comité de Ministros en su 101ª Sesión decidió adoptar 20 principios directrices para la lucha contra la corrupción, subrayándose la necesidad de concluir la elaboración de instrumentos jurídicos internacionales en ejecución del Programa de acción contra la Corrupción. Igualmente, en su 102ª Sesión del Comité de Ministros se decidió mediante la Resolución 98 (7) a crear el "Grupo de Estados contra la Corrupción - GRECO"-, se trata de un grupo multidisciplinar de expertos en la elaboración de instrumentos jurídicos contra la corrupción<sup>17</sup>.

El paso más reciente del Consejo de Europa en la lucha contra la corrupción es la firma en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 de un Convenio penal sobre este aspecto. En este documento se proponen la tipificación coordinada, uniforme y recíproca de conductas relativas a conductas de corrupción y la adopción de un procedimiento de seguimiento eficaz abierto a todos los Estados miembros y los no miembros

Sintéticamente, en el citado Convenio se solicita la armonización de términos relativos al concepto de funcionario público, juez y personas jurídicas. Sobre los tipos penales se hace hincapié en la adopción de medidas legislativas para castigar la corrupción activa y pasiva de funcionarios nacionales, de miembros de asambleas públicas nacionales, de agentes públicos extranjeros, la corrupción pasiva y activa en el sector privado y la de funcionarios extranjeros y jueces y agentes de cortes penales internacionales. Igualmente se incluyen disposiciones sobre tráfico de influencias, blanqueo de bienes procedentes de la corrupción e infracciones contables. Entre las medidas instrumentales se citan las relativas a la responsabilidad de personas jurídicas, inmunidad y extradición, cooperación judicial y asistencia mutua, intercambio y transmisión de procedimientos y ejecución de sentencias dictadas por otros Estados.

Los diversos instrumentos jurídicos a los que he hecho referencia pese a obedecer a finalidades diferentes y proceder de organismos distintos, como sugiere Cerezo Domínguez, no se contradicen ni se solapan en ningún aspecto más bien al contrario sus propuestas son similares hasta el punto que se compatibilizan o complementan<sup>18</sup> aunque los de la Unión Europea y el del Consejo de Europa son de mayor envergadura.

## 5. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN: LA PRIVATIZACIÓN DEL CONCEPTO

La búsqueda de definiciones de corrupción ha sido durante mucho tiempo un rasgo de los debates conceptuales y políticos sobre la corrupción<sup>19</sup>. Todas pecan de incompletud o incluso de ser irrelevantes con relación a los episodios que despiertan la indignación de la opinión pública. La mayoría de las nociones objetivas se adaptan a categorías centradas "en los deberes de la Administración", "en el interés público", en "la percepción del fenómeno", "la existencia de un mercado de corrupción" y aun así

17 Pueden formar parte de GRECO los Estados miembros del Consejo de Europa, los Estados no miembros que han participado en su creación (*Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Estados Unidos, Japón, México y Santa Sede*) y todo Estado no miembro que sea invitado a adherirse por el Comité de Ministros previa consulta a los Estados no miembros de que participan en él. Los Estados partes en los Tratados internacionales del Consejo de Europa contra la corrupción pasarán ipso facto a formar parte del GRECO. También forman parte, aunque sin derecho a voto, dos representantes designados por el Comité europeo sobre Cooperación Jurídica y el Comité europeo sobre problemas penales, respectivamente.

18 Vid. Cerezo Domínguez, A.: *La adaptación del sistema jurídico penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa*, en *Actualidad Penal*, núm. 21 al 27 de mayo de 2001.

19 Vid. la contribución a una noción unitaria de corrupción y la abundante bibliografía aportada por Cugat Mauri, M.: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona 1997, págs. 31 y ss y nota núm. 4 y 5.

los diversos autores que se han ocupado del tema han destacado que hay matices y grados de corrupción lo que permite hacer más explícito el carácter subjetivo y volátil de la definición de corrupción<sup>20</sup>. Aunque no se ha logrado dar una definición concisa y universalmente satisfactoria, si existe cierta unanimidad en la conexión entre corrupción y vitalidad del proceso político y en que aquella expresión acoge una serie de prácticas cuyo denominador común consiste en el empleo por parte de sujetos adscritos a una organización burocrática -local, estatal o internacional- de facultades o potestades públicas para satisfacer intereses personales o de enriquecimiento privado. Se trata de comportamientos más o menos clandestinos que mediante el desvío de normas jurídicas o éticas logran posponer el interés general a intereses privados (personales, corporativos o partidistas).

Obviamente, el concepto de corrupción al que hemos hecho referencia no coincide totalmente con las conductas seleccionadas y definidas como delitos contra la Administración Pública y mucho menos con las perseguidas y castigadas penalmente como tales en el Código penal español.

Es sabido que en el ámbito jurídico penal la noción tradicional de cohecho reenvía siempre a una situación compleja que en su esencia se manifiesta conceptualmente como un delito de finalidad bilateral y sinalagmática: un acuerdo de voluntades, sobre la actuación de un funcionario a cambio de un precio, que es lo que se llama "pacto de corrupción". También es sabido que las concepciones más modernas, abordan el cohecho desde el comportamiento unilateral de quien propone (cohecho activo) o de quien solicita (corrupción pasiva). Desde esta perspectiva el elemento determinante ya no es el intercambio material sino la intención de corromper que está presente en la mente del autor del acto. El corruptor pasivo aparece como un *paternaire* activo de la transacción. La noción del cohecho como delito unilateral es la que actualmente tiene más éxito y la que logra imponerse al ser recomendada en los distintos instrumentos internacionales en materia de corrupción, se trata de una concepción del delito más acorde con las nuevas corrientes prevencionistas del Derecho penal.

Pero pese a este desencuentro entre noción penal y nociones sociológicas, los conocimientos aportados por el espectro de disciplinas que se encajan en las llamadas Ciencias Sociales también deben ser tenidos en cuenta, y aunque no sirven a finalidades de seguridad jurídica sino a otros objetivos más acordes con la Sociología o la Ciencia Política y Económica, sus consideraciones, como subraya Cugat Mauri, resultan interesantes a los positivistas porque ilustran los problemas sociales que están en el punto de mira del legislador, el potencial grado de denuncia, de persecución, sanción, alarma social, que pueden provocar estos hechos.<sup>21</sup>

Así el análisis historiográfico de la corrupción aporta una nota desdramatizante del fenómeno: la corrupción no es una lacra de nuestro tiempo sino una práctica muy difundida en la antigüedad, lo que sucede es que la legislación no desempeñaban más que un papel secundario en los procesos gubernamentales medievales. Será en los siglos XVIII y XIX con el advenimiento de nuevos ideales políticos cuando se empiece a distinguir conceptualmente entre el bien público y el interés privado o familiar haciendo posible la contrariedad entre estos dos intereses. A partir de la codificación napoleónica y de los ordenamientos nacionales que en ella se inspiran, pueden considerarse defi-

20 Vid. Magadán Díaz, M. Y Rivas García, J.: *Corrupción y fraude. Economía de la trasgresión*. Madrid 1999, pág. 17.

21 Sobre el fenómeno de la reacción pública ante la corrupción y con amplias referencias bibliográficas, vid. Jiménez Sánchez F.: *Una teoría del escándalo público. Conflictos en la esfera pública de España del siglo XX*. Madrid 1994.

nitivamente introducidas sanciones dirigidas a reprimir comportamientos contrarios a los deberes que caracterizan la posición del funcionario. Estas sanciones se han ido perfeccionando en el transcurrir de los años hasta llegar a su configuración actual debido fundamentalmente a un cambio de valores sociales (igualdad de los ciudadanos ante las instituciones y de estas últimas ante ellos) y a la metástasis internacional del fenómeno de corrupción y a su colusión con otras especies delictivas (fundamentalmente con otras formas de delincuencia económica, el tráfico ilícito de drogas y el blanqueo de capitales, falsedades contables)<sup>22</sup>

Sin embargo nos interesa destacar - de ahí la intitulación del epígrafe- que en las últimas nociones de corrupción manejadas se observa un cambio sensible en su formulación y también en la clase de intereses que están en juego. Más en concreto se aprecia un desplazamiento de la concepción publicista de la corrupción hacia una concepción privada de la misma. De tal forma que en los diversos instrumentos internacionales consultados- con carácter normativo o sin él- se abandona poco a poco la referencia al ámbito público- nicho ecológico tradicional de esta clase de conductas- y se define de manera general como "un abuso de poder o una irregularidad cometida en un proceso de decisión a cambio de un incentivo o ventajas indebidos"<sup>23</sup>.

Un ejemplo nos lo proporciona la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política de la Unión en materia de Corrupción que en su punto I considera que "debido a la creciente privatización de actividades hasta ahora públicas y a la cada vez mayor interconexión económica, las medidas de lucha contra la corrupción no pueden seguir limitándose al sector nacional, sino que los diferentes Estados deben desarrollar obligatoriamente una labor de simplificación de las normas y de desburocratización, así como adaptar su sistema de legislación al cambio de circunstancias que esto incluye que el hecho de ejercer una influencia ilícita en un proceso de toma de decisiones en el marco de una actividad tanto pública como privada, en el interior de un país o en el extranjero, esté penalizado cuando conlleva la concesión de beneficios (corrupción activa) o su aceptación (corrupción pasiva)"<sup>24</sup>.

Desplazado el interés del ámbito público al ámbito privado, se dice que la corrupción afecta no solo a la transparencia de la gestión administrativa, pone en peligro el funcionamiento del sistema democrático y en consecuencia la confianza de los ciudadanos en la integridad del Estado democrático y de Derecho sino también afecta al campo de las finanzas de la CE, las transacciones comerciales internacionales y en consecuencia que su empleo va contra los principios de no-discriminación y libre competencia preconizados por el mercado único para garantizar la libre circulación de bienes y servicios.

A tal efecto en el marco de la asistencia comunitaria y de los acuerdos de cooperación entre terceros países se define una estrategia anticorrupción "introduciendo una legislación conveniente, la transparencia de los contratos públicos y la mejora del ambiente socioeconómico, así como cláusulas anticorrupción en los contratos de la ayuda facilitada por la UE, la OCDE, el Banco Mundial y otros donantes multilaterales"<sup>25</sup>.

22 Vid. El "Anexo a la Resolución 7 del Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente" en *Prevención del delito y la Justicia Penal en el contexto del desarrollo: realidades y perspectivas de la cooperación internacional. Medidas prácticas contra la corrupción. Revista Internacional de Política Criminal*, num. 41 y 42, 1993. Naciones Unidas. Nueva York 1993

23 Así se define en la Comunicación de la Comisión de 21 de mayo de 1997 al Consejo y al Parlamento europeo sobre una Política anticorrupción de la Unión

24 COM (97)0192-C40273/97

25 En el caso de España, el proceso de elaboración y aprobación de la Ley 35/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas estuvo presidido por la urgencia de adoptar medidas que permitiesen el control más estricto de la contratación pública bajo la presión de algunos casos de corrupción y de

Y es más, y sin perjuicio de que retomemos la misma cuestión mas adelante, nos interesa resaltar que tras la Sesión del Consejo Económico en Cardiff los días 15 y 16 de junio de 1998 a las medidas enunciadas en el párrafo anterior se añade la propuesta de la Acción común adoptada por el Consejo con base en art. K3 del Tratado de la Unión Europea de emprender la penalización de la corrupción en el sector privado castigando aquella persona (asalariado o que desarrolle funciones directivas o laborales) que reciba ventajas a cambio de abstenerse o realizar un acto que constituya un incumplimiento de una obligación legal o reglamentos del sector mercantil. Idéntica recomendación recogen los artículos 7 y 8 del Convenio penal sobre la corrupción firmada en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 en el seno del Consejo de Europa. En el citado Convenio se establece que los Estados miembros se comprometen a adoptar medidas para reprimir penalmente la corrupción pasiva y activa en el sector privado. Se propone la adopción de sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias que incluyan en los casos graves penas privativas que pueden dar lugar a la extradición y también otro tipo de medidas (como exclusión de ayudas o ventajas públicas, prohibición de desempeñar actividades comerciales, vigilancia judicial y medidas judiciales de disolución).<sup>26</sup> Por el momento, uno de los primeros ordenamientos que ha acogido la iniciativa de penalizar la corrupción activa en el sector privado es el alemán que lo ha introducido en el § 299 del StGB. La norma ya estaba contenida en la Ley contra la competencia desleal (§ 12 UWG) pero resultaba raramente aplicada a causa de su naturaleza de delito perseguible de oficio<sup>27</sup>.

Junto a la persecución penal de los actos de corrupción en el sector privado la compensación económica de los actos de corrupción también se ha convertido en un acto de cooperación internacional. Para lograr esta finalidad el Comité de Ministros aprobó un *Convenio de Derecho Civil sobre Corrupción* que fue abierto a la firma de los Estados miembros, los Estado no miembros que han participado en su elaboración y la Comunidad Europea el 4 de noviembre de 1999. Este Convenio tiene por objeto establecer remedios efectivos para las personas que han sido víctimas de actos de corrupción. En el Convenio el término se define de una forma flexible por lo que tienen cabida conductas de cohecho pasivo y activo y tráfico de influencias. Para alcanzar la protección civil de las víctimas los Estados se comprometen a aplicar medidas como: a) reconocer el derecho de las víctimas a iniciar una acción con el fin de obtener una compensación efectiva por los perjuicios causados pudiendo cubrir esta compensación el daño material, la pérdida de beneficios y las pérdidas no pecuniarias (art. 3); b) declarar nulos los contratos o cláusulas contractuales (art. 8); c) proteger apropiadamente contra toda sanción injustificada a los trabajadores con motivos razonables para sospechar de corrupción y que informen de buena fe de sus sospechas a las personas o autoridades responsables (art. 9).

incorporar al ordenamiento jurídico interno varias directivas comunitarias cuyo plazo de transposición se encontraba ampliamente vencido. Esta Ley es modificada por la Ley 53/1999 de 28 de diciembre que incorpora a su vez las últimas directivas comunitarias especialmente la Directiva 97/52/CE que recoge el *Acuerdo sobre contratación pública de la Organización Mundial de Comercio*. Con ello se acomete una auténtica modificación del régimen contractual que pivota sobre dos ejes esenciales; el empeño por incrementar la concurrencia, la transparencia y la objetividad en la contratación y la necesidad de simplificar los procedimientos para agilizar las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones Públicas.

26 Acción común 98/42/JAI, de 22 de diciembre de 1998 (Diario Oficial L 358 de 31/12/1998)

27 Vid. Huber Barbara: *Il sistema tedesco di lotta alla corruzione: una comparazione con quelli di altri paesi europei*. En *Revista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1997, pág.516. Recientemente, vid. Nieto Martín A.: *La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado)*, en *Revista Penal*, núm.10, julio 2002, págs.94 y ss, Faraldo Cabana, P.: *Hacia un delito de corrupción en el sector privado*, en *Estudios penales y Criminológicos*, Tomo XXIII, Santiago de Compostela 2002, págs.59 y ss.

Igualmente, se explicita que son requisitos necesarios para la compensación de daños causados por actos de corrupción que el acusado haya cometido o autorizado el acto en cuestión o no haya adoptado medidas razonables para impedirlo; que el demandante haya sufrido un perjuicio y que exista relación de causalidad entre el acto de corrupción y el perjuicio. En cuanto a la prescripción de las acciones de reclamación por los daños causados por actos de corrupción los Estados se comprometen a fijar un plazo no inferior a tres años ni superior a diez, debiendo comenzar el cómputo a partir del día en que el perjudicado hubiere tenido conocimiento o debería razonablemente haberlo tenido de que ha sufrido un perjuicio, que ha tenido lugar un acto de corrupción y de la identidad de la persona responsable.

## 6. CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN

Es interesante analizar aunque sea muy someramente el tema de las causas que propician la corrupción ya que en función de los factores que se entiendan como causas principales se proponen diferentes soluciones para erradicarla. Ahora bien, como señala García Mexía, si el concepto de corrupción se muestra esquivo a la sistematización, tanto o más se muestra el problema de indagar sus causas<sup>28</sup>.

Hay quienes defienden que se trata de un problema moral, una falta grave en la conciencia de los servidores públicos que les lleva a utilizar en beneficio propio las cosas públicas que les han ido confiadas. Para este sector las soluciones se ubican en el plano de la selección y el control de los funcionarios y en la educación moral de los gobernantes y gobernados<sup>29</sup>.

Otros inciden en que se trata de un *problema estructural o organizativo* de la Administración Pública que confía al funcionario amplios poderes de decisión con gran discrecionalidad y nula transparencia lo que desemboca en corrupción como una manifestación básica de poder sin control. La excesiva concentración de poder en manos de líderes locales o nacionales, la personalización (en detrimento de la legalidad) de la gestión administrativa, la sustitución de los procedimientos administrativos unilaterales por métodos contractuales o de negociación con los particulares, la excesiva duración y complejidad de los procedimientos burocráticos y el debilitamiento de los controles de legalidad, con vistas agilizar la gestión de asuntos públicos y propiciar una mayor eficacia, constituyen en opinión de los expertos causas de corrupción. Para desterrarla se proponen soluciones tanto en el plano organizativo como en el comunicacional. Comunicación de los hechos ocultos y de las reglas operativas que los prescriben<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> García Mexía Pablo: *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. Pamplona 2001, pág. 58.

<sup>29</sup> Con relación a esta cuestión las disposiciones más importantes, aunque sin carácter vinculante, están recogidas en los siguientes textos: a) *La Recomendación (2000) 6 sobre el Estatuto de los agentes públicos aprobada por el Comité de ministros el 24 de febrero* y que, entre otras cuestiones, solicita a los Estados lo siguiente: que los agentes públicos tengan una remuneración suficiente como medio para evitar la corrupción; con el fin de evitar los conflictos de intereses y actos de corrupción someter a los agentes públicos a ciertas restricciones relativas a los segundos trabajos o el ejercicio o participación en ciertas actividades; prever procedimientos disciplinarios para los agentes públicos que incumplan sus deberes intencionalmente o por negligencia; b) *La Recomendación R (2000) 10 dirigida a los Estados sobre Códigos de conducta de agentes públicos*. Su importante propuesta de Código modelo de conducta, además de múltiples asuntos de indudable interés, incorpora un artículo dedicado en su integridad a los conflictos de intereses, vid. al respecto, García Mexía Pablo: *Los conflictos de intereses...op. cit. pág. 97 y 98*.

<sup>30</sup> La comunicación de los hechos ilegales tiene su apoyo en un enfoque a la solución de la corrupción desde las teorías de la comunicación que, en parte se inspiran en las ideas expuestas por Michael Reissman en su libro *¿Remedios contra la corrupción? (cohecho, cruzadas y reformas)*. (1ª ed. 1979 traducción al

Entre las causas político-administrativas nos quedaríamos cortos sino citáramos el problema de la financiación ilegal de partidos políticos. Las crecientes necesidades de los partidos políticos y de su incapacidad para cubrir por vías regulares el incremento de gastos de sus organizaciones y el coste vertiginoso de las elecciones (lo que se llama "la americanización" de las campañas electorales) ya no pueden ser cubiertas ni con las cuotas de sus militantes ni mediante la financiación pública. Para evitar las presiones que empujan hacia ese tipo de corrupción se han propuesto entre otras medidas límites estrictos sobre las actividades de campaña y las finanzas del partido sometidas a controles externos o la concesión de espacios en radio y televisión.

Por último están los autores que poseen una *visión economicista del fenómeno*. El enfoque económico de la corrupción o la también llamada *Economía de la trasgresión* desemboca en una definición económica del fenómeno como un *mercado negro burocrático*<sup>31</sup>. Se afirma que la corrupción es un mercado negro de los derechos de propiedad sobre los cuales se les dio a los funcionarios un poder arbitrario. La corrupción representaría entonces un medio ilegal y flexible de influencia sobre la definición y atribución de aquellos, en definitiva una apropiación ilegal de un derecho de propiedad<sup>32</sup>.

Es cierto que dentro de la visión económica del fenómeno hay muchas corrientes y variantes: desde quienes insisten en que es un producto medular del propio sistema económico hasta quienes defienden que la corrupción no es más que uno de los efectos de la economía regulada que impide el libre juego de las fuerzas económicas e introduce en el un factor extraño (la Administración Pública) que carece de finalidades propias.

Normalmente las visiones economicistas son cercanas a ideologías emparentadas con el liberalismo económico, siempre incomodo ante los controles de la Administración, y que han visto como causa principal del problema de la corrupción (de contenido esencialmente económico) la expansión del ámbito de intervención de los poderes públicos, hasta el punto que el mejor argumento de la política anticorrupción se ha convertido en estos últimos años en el *leiv motiv* de la reducción del sector público y en la desregulación de la economía en la mayor parte de los países occidentales. Así se expresa el Proyecto Arg. 89/53 denominado "*Programa de Fortalecimiento de la Gestión Pública*" perteneciente al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) conformándose un subproyecto que se denominó Arg 89/513 "*La lucha contra la corrupción mediante la desregulación*". Y en consecuencia a partir de la década de los 80 diversos países del mundo han comenzado a plantearse los límites del Estado y a devolver espacios a iniciativas privadas iniciándose fenómenos de desregulación, desestatización, privatización.

Los argumentos de este último discurso parten de la obviedad de que con la eliminación del modelo (que contempla modelos de intervención pública) desaparece el problema (el incumplimiento de deberes). Por ello esta última estrategia de prevención

*español de Mariluz Caso*). México 1991. Reissman señaló con acierto que en todo sistema normativo conviven multitud de estándares. Los que llaman normas míticas, que dicen qué está permitido y qué está prohibido, y los códigos operativos que explican qué personas y en qué circunstancias pueden hacer lo que las normas míticas prohíben sin que les pase nada. Los códigos operativos actúan cuando el hecho es secreto: si se hace público reenvían al sistema mítico. Los códigos operativos que regulan el dar y recibir en el soborno exigen que se actúe en secreto. Si los códigos se hacen públicos y se logra una visión compartida en la sociedad del problema se aplica el sistema mítico.

<sup>31</sup> Los primeros en acercarse a la Economía de la trasgresión (cuyos ejemplos más claros son corrupción y fraude fiscal) fueron Becker G. (*Crime and Punishment: An Economic Approach* en *Journal of Political Economy* pág. 169 y 217) y Stigler (*The Optimum Enforcement of Law*, *Journal of Political Economy* 78, pp 526-536). Esta preeminencia es reconocida y citada por Magadán Díaz y Rivas García en *Corrupción y Fraude*. op. cit. pags. 17 y 18.

<sup>32</sup> Vid. Magadán Díaz Marta y Rivas García Jesús: *Corrupción y fraude...op. cit. pag. 18*.

lo que único que plantea es un cambio de modelo de Estado Social democrático y de derecho (la metamorfosis del Estado en sociedad anónima y que el suministro de bienes y servicios quede sometido única y exclusivamente a las leyes de mercado) en el que una gran parte de las conductas consiguen su adecuación social y otras serán reprimidas con medios y técnicas de tutela antes solo previstos para la Administración y que muy pronto pasarán a formar parte del arsenal de los reservados a proteger el orden económico.

## 7. ESTRATEGIAS ANTICORRUPCIÓN

Son muchos los documentos, con fuerza legislativa o sin ella, que se adoptan con relación a esta materia. No todas las estrategias giran en torno a la intervención penal sino que coexisten con otro tipo de medidas administrativas, contables, fiscales y políticas: Por citar algunas cabe mencionar: medidas sobre contratos públicos para garantizar la transparencia y la igualdad de acceso en las transacciones financieras<sup>33</sup>, obligación de las instituciones bancarias de guardar registros convenientes a fines de investigación e inspección de los ingresos para prevenir conductas de blanqueo - exactamente igual que se hizo para los capitales provenientes del tráfico de drogas<sup>34</sup>, responsabilidad civil de las empresas culpables de corrupción, establecimiento de listas negras que permitan identificar a las empresas condenadas, de modo que ya no tengan derecho a financiación o subvención con cargo a recursos públicos o derecho a participar en una licitación pública, así como también la protección de testigos que denuncien este tipo de actividades ilícitas<sup>35</sup>.

Finalmente estos programas especiales para combatir la corrupción se extienden a determinados países de Europa Central y Oriental (Programa OCTOPUS del Consejo de Europa y la UE, el Programa SIGMA de la OCDE y la UE) En el ámbito de la cooperación con terceros países mediterráneos (MEDA) también se incluyen disposiciones para luchar contra la corrupción. En el caso de América Latina, donde la lucha contra la corrupción se lleva a cabo con especial virulencia legislativa las estrategias recomendadas no permanecen en el campo penal sino se extienden hasta cambios de tipo constitucional y orgánico<sup>36</sup>.

Antes de referirme a los instrumentos internacionales quiero poner de relieve que una de las hipótesis que se desprende actualmente de la investigación sobre la corrupción es el hecho de que a través de determinados delitos (que se han tildado de simbó-

licos) se esconde la paulatina imposición de estándares jurídicos foráneos pero de una arrolladora e indiscriminada fuerza expansiva. Es cierto que en el derecho anglosajón y más específicamente el derecho positivo de Estados Unidos de América ofrece muchos mecanismos para enfrentarse a este fenómeno ya que se trata de una organización federal que genera tantos sistemas jurídicos como Estados a los que se agrega el sistema federal que es a su vez otro sistema jurídico completo.

Entre los mecanismos que se están imponiendo en la lucha contra la corrupción (como también sucede en el ámbito de la protección de la víctima) uno de ellos aunque pudiera parecer paradójico son modelos de justicia negociada intrasistémicos (esto es operan en el seno del proceso penal y no extramuros del mismo). Son modelos de justicia que ponen en tela de juicio la naturaleza pública del *ius puniendi* minando los pilares del sistema acusatorio (principio de contradicción, de publicidad, de igualdad de armas, de legalidad, de seguridad jurídica, etc.) y las garantías fundamentales del ciudadano que el proceso penal pretende hacer valer.

El modelo acusatorio parte de la separación entre juez y acusación, de la igualdad entre la acusación y la defensa, de la oralidad, de la publicidad del juicio, etc. Pero la discrecionalidad de la acción penal (libre acusación) y el pacto o negociación, no tiene nada que ver con aquel modelo teórico (sistema acusatorio), ni con el llamado "proceso penal de partes", sino con características singulares del sistema norteamericano y con el principio de oportunidad procesal.

Como es sabido el derecho de Estados Unidos desconoce el principio de legalidad procesal. Se trata de un sistema jurídico que se caracteriza por la supremacía del Ministerio Fiscal que no está obligado a perseguir todos los delitos sino que posee una discrecionalidad casi ilimitada en orden a decidir si inicia o no una causa penal. Superado el obstáculo de demostrar ante un tribunal la existencia de una causa probable de delito posee una amplia autoridad para decidir si investiga el hecho, si inicia formalmente la persecución, si garantiza la inmunidad a un sospechoso o si negocia con él, también para elegir que cargos formula, cuando los formula y cómo. El resultado es que el 90% de las condenas son obtenidas sin juicio por que los imputados se declaran culpables con anterioridad a su realización. Detrás de esta práctica está lo que se llama el *plea negotiation (bargaining, etc.)* y se refiere al sistema de concesiones en materia de pena que el fiscal hace en su despacho sin publicidad a cambio de la aceptación de la responsabilidad por parte del imputado o aportar información útil para el esclarecimiento de los hechos. En numerosos casos se convierten estos imputados en testigos o se asiste a un sistema de denuncias en cadena.<sup>37</sup>

Otro mecanismo procesal es el sistema de acciones *qui tam* (La *False Claims Act de 1986*). La ley permite a cualquier particular a demandar civilmente a una persona que defraude al Gobierno federal- a través de actos que provoquen un perjuicio patrimonial- en representación del gobierno ante los tribunales federales. El "relator", así se denomina al demandante, si tiene éxito en su demanda adquiere el derecho a compartir con el Estado - el destinatario principal- una parte de la suma obtenida en concepto de daños o multas. El empleo de las acciones *qui tam* se recomienda porque permite aumentar la eficacia de la persecución penal a través de estímulos dirigidos a particulares, en especial a personas que trabajan o han trabajado en las mismas empresas, que defraudan al gobierno.

33 Vid Directiva 93/38 CE y la comunicación del Comisión de 11 de marzo de 1998: los contratos públicos en la Unión Europea.

34 En las observaciones realizadas al art. 1 de la Directiva por el Comité Económico social sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo de 10 de junio de 1991 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DOC 15 del marzo de 2000) se dice que la ampliación de la definición de fraude, la corrupción o cualquier otra actividad ilegal que pueda perjudicar a los intereses de la Comunidad amenaza con imponer a los establecimientos financieros una obligación de declarar que arroja sobre ellos una sospecha desproporcionada que supera en gran medida el objetivo primero correspondiente al tráfico de drogas y la delincuencia organizada. Se ha dicho que dicha obligación crea el riesgo: de que el deseo del personal de estos establecimientos de cubrirse las espaldas ante una posible responsabilidad penal puede llevar a declarar de forma sistemática toda operación que resulte extraña o dudosa.

35 Vid. Por su interés Camera dei Deputati (Comitato di studio sulla prevenzione della Corruzione): *La lotta alla Corruzione. Roma-Bari 1998*. En dicho texto se reproduce íntegramente el informe presentado al Presidente de la Cámara de los Diputados el 23 de octubre de 1996 publicado como Documento CXI, n.1 de los actos Parlamentarios de la XIII legislatura (Sección Diseño de Ley y relaciones-Documentos)

36 Vid. de Peter Eigen "Manual de transparencia para América latina"; en *www.Transparency.de*

37 Vid. Críticamente García Pablos de Molina, A.: *Derecho penal. Introducción*. (2ª ed.) Madrid 2000, págs. 21 y 22. Igualmente vid. Pagliaro A.: *La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana "Mani Pulite"* en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, octubre-diciembre de 1997.

Al lado de estos dos mecanismos podría citarse la creación de fiscalías especiales e independientes. En Estados Unidos con motivo del escándalo Watergate se designaron cuatro fiscales especiales y el Congreso Federal en 1978 aprobó la ley que permite dicha designación. No hace muchos años que en España por Ley 10/1995, de 24 de abril se creó la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción. Es indudable que desde la creación de esta Fiscalía especial en 1995 su funcionamiento ha sido irreprochable, habiendo dado curso a procedimientos altamente conflictivos. Mas hoy por hoy sigue siendo cierto que esta Fiscalía actúa bajo dirección del Fiscal General del Estado ( art. 18 1 EOMF tras la Ley 10/1995); que solo interviene en aquellos procesos penales que refiriéndose al ya citado elenco de delitos económicos "relacionados con la corrupción" revistan una especial trascendencia, debiendo ser el propio Fiscal General del Estado, quien haya de apreciarla (art. 18 ter del EOMF, tras la Ley 10/1995), o- que como sucede respecto de todos los demás destinos correspondientes a la categoría primera de la carrera fiscales el propio Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado quien provee el destino de Fiscal Jefe de esta Fiscalía especial (art. 36.1 EOMF), mientras de nuevo el Fiscal General del Estado puede designar "uno o varios fiscales de cada fiscalía para su integración" en esta tan mentada Fiscalía especial. Por todo ello sería especialmente deseable un reforzamiento de las garantías de independencia en la actuación en esta Fiscalía especial anti-corrupción.

Con relación a las técnicas y estrategias de investigación dirigidas a localizar fuentes de pruebas desempeñan un papel importante los llamados "testigos de la corona" informaciones dadas por testigos y colaboradores de la justicia. Dada la escasa visibilidad de la corrupción el único punto posible de partida de la investigación será que una persona involucrada en la corrupción llegue a sustraerse de este tipo de prácticas y proporcione informaciones adecuadas a los investigadores (aportando indicaciones útiles para la identificación de otros responsables o modalidades delictivas) aunque sea a cambio de lograr un tratamiento penal y procesal más favorable. Esto es lo que sucedió en Italia en febrero de 1992 y fue el detonante de "Mano Pulite". El administrador de una empresa pública de servicios sociales que gestionaba una residencia de descanso de tercera edad requirió una dádiva de siete millones de libras a un contratista de limpieza como contrapartida de la concesión de una contratación de limpieza diaria de la residencia. El contratista aparentó aceptar pero informó a policía. El fiscal dispuso de una entrega controlada de dinero y el funcionario fue detenido con las manos en la masa<sup>38</sup>.

En España disponemos de la LO 19/1994 de 23 de diciembre de protección de testigos o peritos que contiene un paquete de medidas que son aplicables a la víctima testigo (declarar oculto, notificaciones en la propia sede judicial, etc.).<sup>39</sup> Igualmente, pero con diferentes matices cabe traer a colación la "medida premial" o también denominada cláusula de levantamiento de la pena que contempla el art. 427 del Código penal español con relación al delito de cohecho activo que permite declarar exento de responsabilidad penal al particular que acepta ocasionalmente las propuestas del funcionario público siempre que denuncie el hecho antes de la apertura del procedimiento penal y en los diez días siguientes de producirse la aceptación.<sup>40</sup>

38 Turone, G.: *La investigación de los casos de corrupción a través de las técnicas de seguimiento de los papeles "following the paper trail" en Jueces para la Democracia*, págs. 69 y ss.

39 Vid Moreno Catena, V.: *La Ley de protección de testigos y peritos*, en *Revista Penal*, num. 4

40 La Circular 2/1996 de la Fiscalía General del Estado permitió la aplicación retroactiva favorable al reo del art. 427 estableciendo que el cómputo de diez días para denunciar se contarán a partir de la entrada en vigor del Código penal de 1995 a hechos delictivos verificados con la vigencia del anterior Código penal.

En estrecha relación con el apartado anterior cabe citar el recurso al agente encubierto (un caso celebre fue la creación por el FBI de unas empresas petroleras encubiertas que supuestamente representaban capital árabe). En España se ha promulgado recientemente la LO 5/1999 del 13 de enero que regula por primera vez el agente encubierto en el proceso penal y modifica el art. 263 bis relativo la entrega vigilada e introduce el art. 282 bis) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es sabido que la complejidad y lentitud de procesos iniciados por delitos de cohecho y otros delitos conexos (blanqueo de capitales, falsedades contables o de documentos) desembocaron tanto en Italia como en España en una sobrecarga de la Administración de Justicia y en consecuencia en la prescripción de un número importante de delitos o al menos de los que no eran más graves, con lo que se han creado situaciones de desigualdad de tratamiento entre casos análogos con consecuencias sobre la distribución de la justicia de procesos y condenas. Por eso algunos autores sobre todo italianos defienden que la lucha contra la corrupción - y en aquel país contra *la concusión* porque regulan expresamente esta figura delictiva - no estaría completa sino se piensa en hacer más rápido el proceso penal de forma que permitiese conservar la eficacia general preventiva conectada a la imposición de una pena cierta y de aplicación más rápida de la misma<sup>41</sup>. Unido a ello también se defiende la necesidad de ampliar los plazos de prescripción previstos en la normativa común.

## 8. UN PRECEDENTE EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES: LA FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT DE 1977 (§78DD)

Como punto de partida destaca en primer lugar el Convenio de la Organización de Comercio y Desarrollo (OCDE) para la lucha contra el soborno de funcionarios extranjeros por las empresas transnacionales de 1977 y la Declaración de Naciones Unidas contra la corrupción en materia de operaciones comerciales internacionales de Res. AG 51/191, 16 de diciembre de 1996<sup>42</sup>.

El Convenio de la Organización de Comercio y Desarrollo (OCDE) para la lucha contra el soborno de funcionarios extranjeros por las empresas transnacionales tiene su antecedente inmediato en la *Foreign Corrupt Practices Act de 1977*. La relación entre ambas disposiciones es tan estrecha que de no haber existido aquella la tipificación del soborno de funcionarios extranjeros no habría sido concebida<sup>43</sup>. Dicho de otro modo la campaña contra el soborno es esencialmente norteamericana en su origen, por fuerza es exportada a todos los rincones del globo gracias a la preponderancia de Estados Unidos en el comercio internacional. Hoy según, Reissman, tanto las proposiciones nacionales como internacionales dirigidas a regular estas prácticas, endémicas en el comercio internacional, equivalen a los esfuerzos de un grupo de élite por frenar el poder de un grupo competidor que crece rápidamente<sup>44</sup>.

41 Vid. Pagliaro A.: *La lotta contro la corruzione e la recente esperienza de "Mani Pulite"*, op. cit.. Donde propone una reforma procesal inspirándose en el modelo procesal inglés.

42 Anteriormente en diciembre de 1975 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 3514 que condenaba todas las costumbres corruptivas, incluyendo el soborno por empresas transnacionales y locales, y por intermediarios y por cualquier otro, y exhortó a todos (pero a nadie en particular) a que tomaran las medidas apropiadas para impedirlos.

43 Vid. Flore D.: *L'incrimination de la corruption*, op. cit. pág. 41

44 Reissman Michael W.: *¿Remedios contra la corrupción...* op. cit. pág. 283

La *Foreign Corrupt Practices Act de 1977 (FCPA)* fue adoptada por el Congreso americano el 19 de diciembre del mismo año con motivo de una serie de escándalos que involucraron a grandes empresas americanas. De todos, el más conocido fue el "escándalo Lockheed". Se trataba de una empresa aeronáutica de la que se sabía que practicaba el pago de comisiones a gran escala, fundamentalmente, en relación con la venta de armamento en los mercados de Japón, Países Bajos e Italia. A raíz de estos sucesos el Comité del Senado para Asuntos bancarios, de vivienda y urbanos en un intento de restaurar "la confianza pública en la integridad del sistema comercial americano"<sup>45</sup> decidió adoptar una legislación anticorrupción que prohibiera este tipo de prácticas que afectaban a la estabilidad del comercio exterior y al clima competitivo del mercado interior. Descrita brevemente puede decirse que la FCPA imponía particularmente cierto número de obligaciones contables a las empresas, consideraba ilegales las comisiones pagadas en secreto a funcionarios extranjeros y les retira a este tipo de gastos la posibilidad de desgravarlos fiscalmente.

Posteriormente, la FCPA fue reformada dos veces; la primera en 1988 por la *Trade Act of 1988* y la segunda vez recientemente con ocasión de la *International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998* adoptada el 10 de noviembre de 1998.

El objetivo de la *Trade Act* es triple. Primero revisar la ley con objeto de precisar y ajustarla a la luz de la jurisprudencia surgida en aquella materia; matizar los efectos desfavorables que la *Foreign corrupt practices* de 1977 había irrogado a las empresas americanas introduciendo un número importante de excepciones para remediarlo y a las que nos referiremos más adelante. Asimismo invita al Presidente de los Estados Unidos de América a desarrollar todos los esfuerzos necesarios para negociar un Convenio internacional con todos los Estados miembros de la OCDE para que apliquen a sus nacionales los mismos principios que se aplican a las empresas americanas. En último lugar, la *Trade Act* impone al Presidente la obligación de presentar informes al Congreso sobre los progresos de las negociaciones y en el supuesto de que dichas negociaciones no se hayan alcanzado proponer las medidas necesarias para eliminar las desventajas competitivas que resultan de dicha prohibición para las empresas americanas<sup>46</sup>.

En cuanto al objetivo de la *International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1988* es adaptar a la legislación americana las nuevas medidas contenidas en el convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios extranjeros de 17 de diciembre de 1997 a fin de permitir la ratificación de esta convención por Estados Unidos el 8 de diciembre de 1998. Se criminaliza la entrega de sobornos a funcionarios de organizaciones internacionales conducta que no estaba contemplada en la redacción original.

La FCPA describe un conjunto de prácticas prohibidas a las empresas en el ámbito del comercio exterior cuando tienen como destinatarios alguna de las siguientes categorías: funcionarios públicos extranjeros, partidos políticos extranjeros o funcionarios de ese partido, candidatos a cargos políticos e intermediarios.

En dicha ley se define al funcionario público como: "todo agente o empleado de un gobierno extranjero, ministerio, agencia, organización, o que dependa de una organización internacional o toda persona que actúe con carácter oficial en nombre o por cuenta de un gobierno, ministerio, agencia u órgano dependiente de una organización internacional"<sup>47</sup>. Al funcionario extranjero se asimilan otras tres categorías de personas:

partidos políticos extranjeros, responsables de partidos, candidatos a la función pública e intermediarios de cuya actuación se pueda deducir que trasladará la ventaja económica a uno de los tres anteriormente citados. Se especifica que los intermediarios serán castigados siempre que actúen con conocimiento de la producción eventual del resultado (*knowing*)<sup>48</sup>.

Por lo que se refiere al sujeto activo de la infracción, en el texto legal se especifica claramente que lo es toda empresa americana, administrador, director, empleado, agente de la misma empresa o accionista que actúe en nombre de aquellos. La *International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1988 and Fair Competition Act* extendió la consideración de autor a todas las personas físicas o jurídicas que independientemente de su nacionalidad o régimen jurídico se encuentren en el territorio americano en el momento que se cometió la infracción (§ 78 dd-3). Como podemos observar la ley a efectos de su aplicación combina criterios de personalidad (nacionalidad americana del autor) y criterios de territorialidad (lugar de comisión del delito).

En relación a los actos castigados la ley se ciñe a lo que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico penal español, y con mayor o menor unanimidad, se denomina corrupción activa. Es ilegal para las personas mencionadas en los apartados anteriores valerse del correo u otros medios del comercio interestatal o internacional para entregar pagos o promesas de pago en el futuro o cosas de valor a los funcionarios extranjeros o a las personas a él asimiladas siempre que se persiga alguno de los siguientes fines: influir en la decisión de un funcionario extranjero, incitar a personas extranjeras a omitir o cumplir un acto en violación de sus deberes legales, obtener una ventaja indebida o incitar a personas extranjeras a utilizar su influencia ante gobiernos extranjeros o un órgano del que dependa. En todos los casos el fin perseguido con el soborno es obtener, conservar u orientar un contrato.

Como habíamos adelantado anteriormente esta ley solo se ciñe al castigo de la corrupción activa excluyendo de su aplicación las conductas de corrupción pasiva y aquellas que pueden tener lugar en el sector privado. Lo que sucede es que dada la amplitud con la que se considera el sujeto pasivo de la infracción (funcionarios, partidos políticos, candidatos, intermediarios etc.) pueden presentarse situaciones en los que la frontera entre una u otra forma de corrupción puede ser problemática<sup>49</sup>.

Igualmente, tampoco pueden ser castigados con arreglo a las disposiciones de la *Foreign Corrupt Practices Act* el funcionario extranjero o las personas a él asimiladas. En un principio se barajó la posibilidad de recurrir a otras disposiciones federales en materia de conspiración (*conspiracy*), cooperación o complicidad (*aiding and abetting*) para cometer la corrupción activa. Aunque esta última posibilidad ha sido descartada por una decisión judicial de 8 de marzo de 1991 de la *US Court of Appeals* (5th circuito) en el caso *United States versus Castle*<sup>50</sup> en la cual se consideró que los funcionarios públicos extranjeros no pueden ser castigados por recibir pagos quebrantando la *Foreign Corrupt Practices*. También se ha barajado que aquella conducta pueda ser castigada por la ley de corrupción y criminalidad organizada penada por mor de la *Racketeering Influence and Corrupt Organizations (RICO) Act de 1974*

45 The Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), United States Code, Title 15-Commerce and Trade-Chapter 2B-Securities Exchanges, 78 dd

46 Trade Act of 1988, section 5003 (d)2

47 §78 dd-1 (f)

48 El texto especifica esta exigencia en el § 78dd-1 (2): Se entenderá que una persona tiene conocimiento de una conducta, de una circunstancia o de un resultado si: es consciente de estar involucrándose en esa conducta así como de la existencia de las circunstancias aludidas o de la posibilidad cierta de la existencia de un resultado; o si tal persona tiene la firme convicción de la existencia de las circunstancias o está solidamente convencido de que las consecuencias se producirán.

49 Vid. Flore D.:L'incrimination de la corruption, op. cit. pág.45.

50 925 Federal Reporter (2d series), 1992, págs. 831-832

Según el razonamiento de la Corte americana el motivo de que no se castigue la corrupción pasiva es una decisión de política legislativa ya que los autores el texto han sido conscientes de que aunque es posible perseguir a funcionarios extranjeros con arreglo a algunas normas de derecho internacional, sin embargo, la consideración sobre las dificultades que en materia de competencia, de ejecución y los mismos intereses diplomáticos aconsejaron la impunidad de los ciudadanos no americanos que hayan participado en aquellos comportamientos.

Con respecto a las reglas de competencia antes de 1998 la legislación solo se aplicaba a los actos cometidos sobre el territorio americano por mínima que fuera la actividad desarrollada ( bastaba una llamada al extranjero autorizando una transacción económica) pero desde la revisión de la FCPA efectuada en aquella fecha y para dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por el Convenio de la OCDE se añade una competencia extraterritorial fundada sobre el principio de personalidad.

Sin embargo, hay una serie de excepciones a la punibilidad de estas practicas según mecanismos jurídicos diferentes. Por una parte, los pagos por actos administrativos de rutina (*routine governmental*). En el § 15 USC 78 dd-1 de la FCPA se excluye de la consideración de practicas corruptas las autorizaciones o expediciones de pagos hechas al funcionario extranjero o partido político extranjero o funcionario de ese partido realizadas con el propósito de acelerar o asegurar la realización de actos administrativos de rutina por parte de alguno de aquellos sujetos. Por "actos administrativos de rutina" viene considerándose la actividad del funcionario extranjero dirigida a obtener permisos, licencias u otros documentos oficiales necesarios para posibilitar el comercio con un Estado extranjero. También se incluyen dentro de esta categoría el pago por la obtención de ciertos documentos administrativos como visas, permisos de trabajo, protección policial, servicios de mensajería, inspecciones vinculadas a la realización de contratos o de inspecciones relacionadas con el tránsito de bienes a través del país, proveer servicio de teléfono, energía eléctrica y servicios de agua, cargas o descargas o protección de productos perecederos o mercancías que puedan deteriorarse. El término "acción administrativa de rutina" no incluye ninguna decisión adoptada por un funcionario extranjero si esos pagos implican otorgar un nuevo negocio o continuar negocios con un particular<sup>51</sup>.

Por otra parte, se contempla como una "causal de defensa" el que el pago, regalo u ofrecimiento o promesa fuere legal de acuerdo con las regulaciones del país al que pertenece el funcionario extranjero o sujetos asimilados, y también cuando el pago regalo o promesa constituya un gasto razonable y de buena fe, tales como costos de viaje o alojamiento que estuvieren directamente vinculados a la promoción, demostración o explicación de productos o para la ejecución o realización de un contrato con un gobierno u organismo extranjero.

Como señala Barbara Huber el legislador norteamericano fue, por consiguiente el precursor de utilizar un criterio riguroso contra el soborno y al corrupción en los negocios internacionales y tras los escándalos de Watergate y Lockheed aprovechó la oportunidad para modificar la política de los Estados Unidos de Norteamérica en contra de la corrupción, jugando quizás en cierta medida un rol la conciencia de responsa-

51 Señala Flore que los pagos de rutina aunque no tengan un efecto determinante sobre la decisión de atribución o mantenimiento del mercado pueden a menudo influir en la ejecución efectiva del mismo, por lo que, en su opinión, parece realmente difícil trazar el límite entre lo que es acción de rutina y lo que no. El pago, según Flore, puede parecer que tiene como finalidad facilitar la puesta en marcha del contrato cuando en realidad constituye una manera indirecta de renumerar el acto ilícito del funcionario extranjero que ha permitido la conclusión del mismo. Hay que destacar que las reflexiones de Flore vienen auspiciadas porque en la FCPA no se toma en consideración la importancia de la cantidad entregada en concepto de "actos administrativos de rutina", así en *L'incrimination de la corruption...op. cit. pág. 48*.

bilidad en las propias empresas. Seguidamente urgieron entonces a una internacionalización de los postulados fundamentales de su propia legislación sin cuyo reconocimiento mundial el mismo tipo de reglas en otras naciones industrializadas significaría un gran inconveniente para la economía norteamericana<sup>52</sup>.

## 9. CONVENIO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE AGENTES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Si examinamos la Recomendación revisada sobre la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) del 23 de mayo de 1997<sup>53</sup>, organismo formado por lo países más poderosos del planeta, percibimos que se expresa en términos muchos más restrictivos que la *Foreign Corrupt Practices Act de 1977*.

En esta Recomendación, se parte de la consideración de que la corrupción es una práctica endémica en las transacciones comerciales internacionales, que suscita graves problemas morales y políticos, que socava el buen gobierno y el desarrollo económico distorsionando las condiciones competitivas internacionales. Nuevamente incide en que para atajar el problema y conseguir progresos en este campo no bastan los esfuerzos en el ámbito nacional, sino que se requiere de cooperación, supervisión y seguimiento multilateral. El Convenio trata de asegurar una equivalencia funcional entre las medidas tomadas por las Partes para sancionar la corrupción de agentes públicos extranjeros sin exigir uniformidad o cambios en los principios jurisdiccionales o jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada país. En consecuencia, a la hora de definir el delito en sus leyes nacionales no se exige a las partes que utilicen los términos exactos empleados en el art. 11. Se trata de asimilar los mandatos internacionales de acuerdo a pautas de identidad sustantiva que trasciendan más allá de las meras formalidades -del simple hecho de uniformizar las leyes- encomendando a cada Estado la responsabilidad de cumplir las obligaciones asumidas del modo más coherente en orden al cumplimiento de los fines pretendidos en el Tratado. Tan solo establece un límite: la condena por el delito no puede exigir la prueba de otros elementos distintos a aquellos cuya prueba fuera precisa conforme a la literalidad del citado art. 1.1.

Y en este sentido, las distintas Partes se han comprometido a respetar los siguientes requisitos mínimos en la tipificación del delito de *corrupción de un agente público extranjero*<sup>54</sup>.

En orden a la conducta castigada comprende el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

52 Vid. Huber Barbara: *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva...* op. cit. pág. 42.

53 C(97) 123/FINAL

54 Así se denomina el delito según el art. 1.3 del Convenio: " Los delitos expresados en los apartados uno y dos serán denominados en lo sucesivo como "Corrupción de un agente público extranjero".

En orden a las formas de autoría y participación el Convenio exige que cada Parte tome igualmente las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción a un agente público extranjero.

En el párrafo 2 se contiene una suerte de principio de asimilación en cuanto se establece que la tentativa y la conspiración<sup>55</sup> para corromper a un agente público de esa Parte constituirán delitos en la misma medida que son admitidas estas formas imperfectas de ejecución para corromper a un agente público en su propio ordenamiento jurídico (Art. 1.2).

También en el párrafo 4.1 del Convenio se intenta una suerte de interpretación auténtica ya que a sus efectos debe entenderse por “*agente público extranjero*” cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección, cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o en una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.

En la categoría de “país extranjero” deben entenderse todos los niveles de la Administración territorial: todos los niveles y subdivisiones del Gobierno –entendiendo Administración- desde la estatal o central hasta la municipal. Los comentarios explicativos al Convenio precisan que no se limita al territorio del Estado sino que incluye “toda zona organizada ya sea un territorio autónomo o un territorio aduanero distinto”

La expresión “actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales” comprende cualquier uso de la posición del agente público tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente.

Igualmente en su artículo 2 los Estados se comprometen a establecer todas las medidas necesarias y de conformidad a sus principios jurídicos para exigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En los distintos números del artículo 3 se recogen los marcos mínimos en que deben desenvolverse las sanciones penales para el caso de la corrupción de un funcionario extranjero. Se recomiendan que, en todo caso, deben ser eficaces, proporcionales y disuasorias. Deberá tomarse como referencia las mismas penas contempladas en los diversos ordenamientos en relación al soborno de funcionarios. Tratándose de personas físicas se contemplarán penas privativas de libertad en grado suficiente para permitir la asistencia judicial mutua efectiva y la extradición.

Cuando se trate de personas jurídicas los Estados se comprometen a adoptar sanciones de carácter no penal pero igual de eficaces, proporcionales y disuasorias lo que incluye las sanciones pecuniarias,

También se tomarán las medidas necesarias para disponer que el soborno y el producto de corrupción de un agente público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto estén sujetos a embargo y confiscación o que en su defecto se apliquen sanciones pecuniarias en grado comparable (comiso equivalente).

A estas sanciones se añadirán adicionalmente otras de carácter civil o administrativas.

En el artículo 4 se prevén medidas para afirmar la jurisdicción de cada Estado cuando el delito se cometa en todo o parte del territorio. Cuando más de un Estado tenga jurisdicción sobre un supuesto delito del previsto en el Convenio, las partes interesadas,

a petición de cualquiera de ellas celebrarán consultas con el fin de determinar cuál es la jurisdicción más apropiada para la persecución. Igualmente, se comprometen a revisar si la base de su actual jurisdicción es eficaz para luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros y, en caso negativo, se comprometen a tomar las medidas oportunas para subsanarlo.

El art. 6 impone que orden a la prescripción el plazo establecido debe ser suficiente para permitir la investigación y la persecución del delito.

También exige que dentro del delito de blanqueo de capitales se contemple las conductas de blanqueo sobre el dinero procedente de la corrupción de funcionarios extranjeros.

Acompañando al delito se contemplan en el art. 8 la obligatoriedad de tomar medidas dentro del marco de sus leyes y reglamentos relativos al mantenimiento de libros y registros, la publicación de la situación financiera y las normas de contabilidad y auditoría con el fin de prevenir el mantenimiento de registros extracontables, la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes, el asiento de partidas del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, así como la utilización de documentos falsos por las sociedades sometidas a dichas leyes y reglamentos siempre y cuando aquellas alteraciones contables tuvieran como fin corromper a agentes públicos extranjeros u ocultar dicha corrupción. En párrafo aparte se establece que las falsedades y omisiones con respecto a libros registros, cuentas y estados financieros de dichas sociedades serán sancionadas penal, administrativa y civilmente.

Para facilitar el cumplimiento del Convenio las Partes acuerdan que lo dispuesto en el Convenio es fuente de derecho y ello tanto en materia de asistencia jurídica mutua como en materia de extradición. Así en orden al compromiso de cooperación el art. 9 establece que la asistencia jurídica mutua, pronta y eficaz se extiende a todas las investigaciones y actuaciones incoadas tengan éstas o no carácter penal. No es preciso que exista una doble tipificación de la conducta como delito. El Convenio presumirá que aquella existe si el delito respecto al que se solicita la asistencia está incluido en el Convenio.

En orden a la extradición la corrupción de un agente público extranjero se considera como delito extraditable según las leyes de las partes y los tratados de extradición entre ellas. Ahora bien no se puede condicionar la extradición a la existencia de tratado, en caso de inexistencia, se presume igualmente que el Convenio es el fundamento jurídico con respecto al delito de corrupción de un agente público extranjero.

Por último, de los artículos 11 al 17 se regulan aspectos sobre la supervisión y seguimiento del Convenio, la entrada en vigor, procedimiento de enmiendas y retirada del Convenio.

Si profundizáramos en el Convenio de la OCDE de 17 de diciembre de 1997 se expresa en términos más restrictivos:

- En orden a la cualidad del sujeto pasivo solo se dirige contra aquellos funcionarios del poder judicial, del poder legislativo o del poder administrativo de un país extranjero o contra la persona que ejerce una función pública en un país extranjero en el seno de una empresa pública o organismo internacional público<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Aunque Flore señala y critica que en el Convenio explicativo los comentaristas oficiales tienden a hacer una interpretación extensiva que se inspira largamente en el derecho americano, así sucede en su opinión con la interpretación de “función pública” a fin de incluir a los intermediarios particulares- por ejemplo abogados mercantilistas - en el concepto de “personas que ejercen funciones públicas” y con el mismo espíritu señala el esfuerzo de los comentaristas para que los responsables de partidos políticos pueden ser considerados como agentes públicos. Vid. Flore, en *L'incrimination de la corruption...op. cit.* 53.

<sup>55</sup> N.A. en el texto original dice “confabulación”

- La noción país extranjero comprende todos los niveles y subdivisiones de la Administración del nivel nacional al nivel local.

- En lo que la noción de organismo público o empresa pública vine definido toda "actividad que por disposición del derecho público ejerce actividades específicas del interés público". Toda empresa cualquiera que sea su forma jurídica en la que uno o varios Estados ejercen su influencia dominante. Uno o varios Estados ejercen una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que las rigen. La influencia dominante se presume en los Poderes Públicos cuando directa o indirectamente: a) poseen la mayoría de las acciones; b) dispone de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas o pueden designar a más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de las empresas<sup>57</sup>.

## 10. LA POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Ya hemos señalado en páginas anteriores como en un primer momento el interés por la represión de la corrupción obedece a la finalidad de castigar aquellas actuaciones que violen el derecho comunitario o lesionen los intereses financieros de la Comunidad. El castigo de funcionarios responsables de la percepción, la gestión, el desembolso o el control de los fondos comunitarios siempre que hubieran incurrido en cohecho pasivo, el ejercicio abusivo del cargo, la malversación de fondos procedentes del presupuesto comunitario, revelación de secretos oficiales así como el blanqueo y la receptación se muestran como instrumentos de carácter preventivo frente a conductas que lesionen o pongan en peligro los intereses financieros de la Unión Europea<sup>58</sup>.

57 Esta noción de empresa pública coincide con la aportada por la Directiva 80/723/CEE de 25 de junio de 1980 sobre Transparencia en las empresas públicas. También es ilustrativa la Resolución de 30 de septiembre de 1997 aprobado por la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación a los conceptos de Sociedad Estatal y Empresa pública (BOE NUM. 9 de 6 de enero de 1999)

58 El principio de asimilación es un principio clásico del derecho europeo relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea. Su justificación se encuentra en la ausencia de competencias penales de la Comunidad para sancionar los comportamientos que lesionan sus intereses. En consecuencia, la Comunidad debe remitir a la acción de los Estados miembros la protección jurídica de los mismos. La protección jurídica dispensada debe ser en grado equivalente a la adoptada por el Estado miembro para proteger los intereses nacionales. Este principio fue enunciado por primera vez en el año 1976 en el proyecto de Tratado del 10 de agosto de 1976 en sus artículos 14 y 15. Posteriormente, fue proclamado explícitamente en la Sentencia del Corte de Justicia de la Comunidad Económica europea el 21 de septiembre de 1989 en la causa NÚM. 68/88 ext. Art. 169 del Tratado de la Comunidad Económica europea de la Comisión contra Grecia por violación del derecho comunitario, mas conocido como el "Caso del Maíz Griego". En dicha sentencia se establece por primera vez la obligación y no la mera potestad o facultad derivado del art. 5 del Tratado de Roma de sancionar si es necesario penalmente las violaciones de derecho comunitario en las mismas condiciones penales y procesales que en el derecho nacional para violaciones de análoga naturaleza, de modo tal que se garantice la imposición de sanciones con carácter eficaz, proporcional y disuasorio. Obliga a introducir si es necesario nuevos tipos penales o que se apliquen aquellos existentes a través de la introducción de extensiones en las definiciones. En el principio de asimilación ha sido recogido expresamente en el art. 209 del Tratado de la Unión en 1992 suscrito en Maastricht el 7 de febrero de 1992. Este Tratado también es especialmente importante porque en su Título VI se ha delineado lo que se llama el tercer pilar constituido por "la cooperación en la justicia y asuntos internos". En concreto el art. K 1 del Tratado obliga a los Estados miembros a considerar de interés común - que tiene que ver con la circulación de las personas- "específicamente la lucha contra el fraude a escala internacional en los puntos 7, 8, y 9"; donde específicamente se contempla "la cooperación jurídica en materia penal"; el núm. 8 "la cooperación aduanera"; en el 9 "la cooperación de policía a los fines de prevención de la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de criminalidad organizada". Por último en el Tratado de Amsterdam se menciona de forma expresa como objetivo (art. 29) la aproximación de las normas de los Estados miembros en materia penal y en el art. 31.e) se menciona expresamente como contenido de la acción común sobre cooperación judicial en materia penal "la adopción progresiva de medidas que establezcan normas

Hoy la lucha contra la corrupción y el fraude en su dimensión internacional forma parte de la Política de la Unión dentro de lo que el Tratado de Amsterdam llama "espacio de seguridad y cooperación policial". Según el art. 29, a uno de los apartados conjuntamente con la lucha contra la trata de seres humanos, los delitos contra los niños, la lucha contra la delincuencia organizada -en particular el terrorismo-, el tráfico de drogas y de armas". Se afirma también en el tercer párrafo de este art. 29 que para ello se aproximarán cuando proceda, las normas de los Estados miembros en materia penal de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del art. 31 (antes antiguo art. K.3) en el que se establece los contenidos de la acción común sobre cooperación judicial en materia penal (la cooperación aduanera y el mantenimiento del orden y la seguridad pública).

Un documento a tener en cuenta en esta materia es la Comunicación de la Comisión de 12 de mayo de 1997 al Consejo Europeo y al Parlamento europeo sobre una Política anticorrupción de la Unión. Partiendo de que la corrupción es *un abuso de poder o una irregularidad cometida en un proceso de decisión a cambio de un incentivo o ventajas indebido*" la Comisión propone una estrategia anticorrupción general que debe realizarse tanto dentro de la UE como en el exterior y que, como ya hemos adelantado anteriormente, cubre diversos aspectos: comercio internacional, competencia, gastos exteriores de la Comunidad, cooperación al desarrollo y estrategias de preadhesión.

Se dice que en el ámbito penal todos los Estados miembros deberán considerar como delito de corrupción de los funcionarios de la CE, los funcionarios de otros Estados y la corrupción en el sector privado<sup>59</sup>. El iter legislativo queda sintetizado en las páginas que siguen.

## 11. EL CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1995

Tenemos en primer lugar el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 29 de septiembre de 1995<sup>60</sup> en el que se establecen importantes principios para la persecución penal del fraude en modo eficaz y homogéneo en todos los Estados miembros<sup>61</sup>.

En dicho documento se define la conducta constitutiva de fraude en perjuicio de los intereses financieros de la Comunidad Europea tanto en materia de ingresos como

mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas"

vid. Bacigalupo, E. (estudio preliminar): *Hacia un espacio europeo: Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión europea*. Madrid 1998

59 Sin embargo algunos países ya han modificado su legislación interna para acoger algunas de las propuestas sobre el tema vid. Huber Barbara: *Il sistema tedesco di lotta alla corruzione: una comparazione con quelli di altri paesi europei* op. cit. pág. 507 y ss. También, vid. Sobre la legislación francesa, Cartier Marie Elisabeth: *La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption)* en *Rev. Science criminelle* (4) oct-déc. 2000, págs. 737 y ss.

60 DOCE núm. C 316 de 27 de septiembre de 1995.

61 El 26 de mayo de 1997 el Consejo aprobó un informe explicativo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Diario Oficial C 191 de 23.06.1997).

en materia de gastos, la recomendación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que estos comportamientos resulten castigados, así como la obligación de penalizar conductas como la complicidad, instigación o tentativa ligados a tales comportamientos y que las sanciones deben ser proporcionadas y disuasorias de acuerdo con la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 68/88<sup>62</sup>. Entre otras cuestiones tratadas, se recomienda que se adopten las medidas necesarias para permitir que toda persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de la empresa pueda ser declarado penalmente responsable con arreglo a los principios de derecho interno en caso de que el fraude afecte a los intereses financieros de la Comunidad económica europea.

El 27 de septiembre de 1996 se aprueba el primer Protocolo establecido sobre la base del art. K 3 del Tratado de la Unión europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas en el que se dice expresamente que después de la adopción de un Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas que se refiere al fraude, es procedente iniciar una segunda fase complementaria a dicho Convenio a través de la adopción de un Protocolo referido en especial a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios ya sea comunitarios o nacionales y que causen o puedan causar un perjuicio a los intereses financieros o de la Comunidad. La Exposición de Motivos de dicho Protocolo menciona como causas que explican la necesidad de que se tomen medidas en ese ámbito el hecho de que haya constancia de que en muchos supuestos la implicación de personas de diversa nacionalidad y al servicio de entidades y organismos públicos diferentes aconseja un tratamiento convergente desde el punto de vista penal. También incide que los ordenamientos de los países miembros no castigan como actos de corrupción los comportamientos que afectan o causan un perjuicio a los intereses financieros de la Comunidad y, en todo caso, las conductas tipificadas se ciñen al castigo de los funcionarios nacionales. Finalmente se muestra el convencimiento de que la adaptación legislativa no puede limitarse a la corrupción activa y pasiva, que es objeto de definición común en el Protocolo, sino que debe hacerse extensiva además a otros delitos que afectan o pueden afectar a los ingresos y gastos de las Comunidades europeas, incluidos los delitos de las personas investidas de las más altas responsabilidades o respecto a dichas personas.

El Segundo Protocolo al CPIF de 19 de junio de 1997 establece que en todos los Estados miembros el delito de blanqueo de capitales se aplique a los casos en que estos procedan de fraudes a la Comunidad (art. 2). Igualmente tiene por objeto principal la responsabilidad de las personas jurídicas, la confiscación, el blanqueo de capitales y la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión con el fin de proteger los intereses financieros de las Comunidades Europeas así como también los datos de carácter personal relacionados con dichos intereses.<sup>63</sup>

Hay un tercer Protocolo que tiene por objeto el blanqueo de dinero, la responsabilidad de las personas jurídicas y el rol de la Comisión en materia de cooperación judicial.

Este Convenio para la protección de los intereses financieros de la Comunidad permite además mediante declaración efectuada en el momento del Convenio o con posterioridad aceptar la competencia del Tribunal de Justicia europeo para pronun-

62 Se trata de la Sentencia de 21 de septiembre de 1989(Rec. 2965) en la que se dice que los Estados miembros deben procurar en particular que las infracciones del Derecho Comunitario sean sancionadas en las condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones de derecho nacional cuando tengan una índole e importancia similares y, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción."

63 El 12 de marzo de 1999 el Consejo adoptó un informe explicativo referido a este segundo Protocolo (Diario Oficial C 91 de 31.03.1999)

ciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del Primer Convenio y del Primer Protocolo<sup>64</sup>.

## 12. CONVENIO RELATIVO A LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA QUE ESTÉN IMPLICADOS FUNCIONARIOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS O DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26 DE MAYO DE 1997

Sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K. del Tratado de la Unión europea se crea un Convenio relativo a la lucha contra la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Este Convenio pretende intensificar la cooperación judicial en materia de corrupción. En el entendimiento que para mejorar la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros procede ir más allá que el primer Protocolo, analizado en el apartado anterior, y establecer un Convenio en el que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o funcionarios de los Estados miembros en general. Es decir, se reconoce que el Protocolo se ha quedado corto en la medida de que los Estados se comprometen a castigar únicamente las modalidades de corrupción que afectan a los intereses financieros de las Comunidades europeas lo que imposibilita la sanción de aquellas modalidades que no comportan este resultado aunque sean cometidas por funcionarios de las Comunidades europeas. Así con el objetivo de continuar en la línea de aproximación de las legislaciones y de armonización se adopta este Convenio ya que el Derecho penal de los Estados miembros no aborda normalmente el tratamiento de los supuestos de corrupción de funcionarios extranjeros al servicio de organismos internacionales y, por otro lado, la definición de funcionario público en muchos Estados solo se refiere al nacional y no se tipifican los actos que se encaminan a corromper a funcionarios de otros Estados miembros aun cuando tengan lugar en el territorio nacional o por instigación de un nacional de ese Estado miembro lo que es considerado insostenible en el ámbito de la Unión<sup>65</sup>. Para comentar sus disposiciones seguiremos muy de cerca el Informe explicativo cuyo texto fue aprobado por el Consejo el 3 de diciembre de 1998 (98/C391/01)

### 12.a. Definición de los términos "funcionario", "funcionario comunitario" y "funcionario nacional".

En la disposición introductoria se definen los términos "funcionario", "funcionario comunitario" y "funcionario nacional".

En la letra a) del art. 1 se recoge la definición de funcionario según el Convenio explicativo, la letra a) del art. 1 abarca tres categorías de personas -funcionarios de la Comunidad, funcionarios nacionales, funcionarios nacionales de otro Estado miembro- para asegurar una aplicación lo más homogénea posible de las disposiciones materiales del Convenio. Estas categorías se definen por referencia a su respectivos Estatutos.

64 El 29 de noviembre de 1996 el Consejo adoptó un Protocolo relativo a la interpretación, de carácter prejudicial, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Diario Oficial C 151 de 20.05.1997).

65 Vid. Méndez Rodríguez C.: *La corrupción en el marco del Corpus Iuris. En el Derecho penal ante la globalización.* (Laura Zúñiga, Cristina Méndez y Rosario Diego Díaz Santos) Salamanca 2002, pág. 118.

En la letra b) del art. 1 la expresión “funcionario comunitario” designa tres categorías de personas: “*toda persona que tenga la condición de funcionario o agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades europeas*”; “*toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades europeas*”; “*los miembros de organizaciones creadas de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades europeas les sea aplicable*” Según el Convenio explicativo este último concepto incluye a los expertos nacionales destinados en las Comunidades europeas para hacer funciones equivalentes a las desempeñadas por funcionarios y otros agentes comunitarios. No están incluidos en esta definición los miembros de las instituciones comunitarias como la Comisión, el Parlamento europeo, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas- a los que se refiere el art. 4 del Convenio. Asimismo la última frase de la letra b) incluye al personal de los organismos creados de conformidad con el derecho comunitario (el informe explicativo hace una referencia explícita a estos organismos comprendiendo entre otros, el Banco Europeo de Inversiones, la Agencia europea de Cooperación, la Agencia Europea de Medio ambiente, etc.)

La letra c) del art. 1 dice se entenderá por “*funcionario nacional*” el funcionario o el empleado público tal y como se define el concepto en el derecho nacional del Estado miembro en que la persona que se trata tenga a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro. Se da por tanto prioridad a la definición del Derecho penal del Estado de origen del funcionario. No obstante en el párrafo 2 se recoge como una especie de posible derogación a este principio en la medida que “*No obstante cuando se trate de diligencias judiciales en las que esté implicado un funcionario de un Estado miembro incoadas por otro Estado miembro, este sólo deberá aplicar la definición de “funcionario nacional” en la medida en que esa definición sea compatible con su derecho nacional*”. El informe explicativo aclara, pero de una forma un tanto contradictoria “que en los asuntos que esté implicado un funcionario nacional de otro Estado miembro, el Estado miembro en el que se incoen las diligencias debería normalmente aplicar la definición con arreglo al derecho de aquel Estado”. Ahora bien, si la persona de la que se trate no tiene la condición de funcionario de conformidad con la legislación de ese Estado, tal definición podrá no ser decisiva. Esto se deduce claramente del párrafo segundo de la letra c) según la cual el Estado miembro no está obligado aplicar la definición de funcionario nacional de otro Estado miembro si esta no es compatible con su derecho nacional y puede, por consiguiente, considerar que el concepto de actos de corrupción en que estén implicados funcionarios nacionales de otro Estado miembro se refiere únicamente a aquellos cuya condición sea compatible con su propia definición de funcionarios nacionales. Si bien, el Convenio informa que no hay obligación específica de hacerlo, un Estado miembro podrá hacer una declaración en el sentido de que ha decidido hacer uso general de esta opción. No queda nada claro en el texto del Convenio, ni tampoco en su informe explicativo, si la derogación establecida en el último inciso del párrafo 3 del art. 1 debe aplicarse de forma cumulativa y funcionar como una condición de doble cualificación - la obligación de responder a los criterios de funcionario nacional en el país de origen y en el Estado miembro que incoa las diligencias- o, si por el contrario, debe entenderse de una forma alternativa en el sentido de que el Estado perseguidor puede considerar que la persona es un funcionario desde el punto de vista de su derecho nacional aunque no sea considerado como tal en su Estado de origen.

Si bien, como veremos en un momento posterior, los apartados 3 y 4 del art. 4 muestran que el concepto de funcionario nacional no incluye de forma automática en todos los Estados miembros a los parlamentarios, los ministros, los miembros de sus máximos órganos jurisdiccionales, o a los miembros de los Tribunales de cuentas. No obstante, ello no impide a ningún Estado miembro hacer extensiva su propia definición de funcionario.

## 12.b. Conducta típica. de cohecho pasivo

En el art. 2 del Convenio se definen los elementos de la **corrupción pasiva** quedando que se trata del hecho intencionado de que “*un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar promesa de tales ventajas, por cumplir, de forma contraria a sus propios deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función*”. Al igual que muchas de las disposiciones del Convenio, la redacción está básicamente inspirada, con los ajustes necesarios, en los artículos correspondientes en el Primer Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Es de observar que la redacción de la conducta típica es similar a la contemplada en los arts. 419 y siguientes del Código penal español y agrupa en una sola definición los diversos tipos penales que, con mejor o peor fortuna, se agrupan bajo la denominación doctrinal de corrupción pasiva antecedente. Del mismo modo, que nuestro texto legal, se permite la consumación unilateral de la conducta delictiva sin precisar la aceptación del particular a los requerimientos del funcionario, no se hace diferencia entre que la conducta se lleve a cabo directamente o través de un intermediario, ni que los obsequios obtenidos con la transacción redunden en beneficio del funcionario pudiendo serlo mediatamente en favor de terceros: como pareja, cónyuge, amigo íntimo, partido político u otra organización. Sin embargo, en orden a los temas más problemáticos del delito de cohecho y sobre los que mas opiniones contradictorias se han vertido como son: la naturaleza de la ventaja, el tipo de acto a realizar a cambio de la misma y el ámbito competencial, donde se debe desarrollar la infracción el Convenio y su informe explicativo parecen optar por aquellas interpretaciones más amplias.

Así en orden a la naturaleza cualitativa de la ventaja el Convenio hace deliberadamente referencia a “*ventajas de cualquier naturaleza*” empleando un término general que abarca no solamente objetos materiales (dinero, objetos valiosos, bienes de cualquier tipo, servicios prestados) sino cualquier cosa que pueda representar un interés indirecto para el funcionario o para terceros, tal como saldar las deudas de la persona corrupta o realizar obras en una propiedad suya. Según el Informe explicativo el concepto de ventaja solicitada, recibida o prometida abarca todo tipo de ventajas materiales o inmateriales. A efectos del Convenio el momento en que se dan o proporciona la remuneración carece de importancia. Al abarcar expresamente el hecho de aceptar promesas el apartado 1 incluye los pagos aplazados, siempre que tengan su origen en un acuerdo delictivo entre el particular y el funcionario. Tal y como esta redactada la disposición las acciones de solicitar, recibir o aceptar deben ser realizadas con anterioridad al acto. En esta modalidad el acuerdo necesariamente debe preceder a la entrega. Por consiguiente, el Convenio se ciñe a lo que se denomina corrupción pasiva antecedente y los Estados miembros quedan exonerados de la obligación de tipificar como delito el hecho de recibir una ventaja después de llevar a cabo el acto sin que mediara un acuerdo o solicitud previa -lo que se denomina cohecho pasivo subsiguiente- Sin embargo, la tipificación expresa de esta modalidad de cohecho si está tipificada en algunos ordenamientos como el francés, español o italiano y tiene su causa mas que en su aptitud para poner en peligro el bien jurídico protegido por el cohecho, como es la protección de la imparcialidad u objetividad que debe presidir el ejercicio de la función pública, en solventar problemas de prueba (la dificultad de probar el acuerdo ilícito entre particular y

funcionario), orientar la competencia por el territorio (lugar donde se realiza la entrega) y alargar los plazos de prescripción que empezarán contarse a partir de la recepción de la remuneración y no desde la fecha de la formalización del acuerdo entre el particular y el funcionario (que suele ser en la mayor parte de los casos secretos)<sup>66</sup> Esto es, aunque no sean estas las finalidades abstractamente perseguidas, la tipificación expresa del cohecho pasivo subsiguiente facilitan la represión del caso concreto.

Igualmente, el ámbito típico viene referido a todo acto u omisión relacionada con las funciones y obligaciones del funcionario. El Informe explicativo dice que deberá aplicarse al hecho de cumplir o abstenerse de cumplir cualquier acto dentro de las competencias del que ocupa el cargo o en virtud de cualquier ley o norma en la medida de que los actos se realicen incumpliendo los deberes de su cargo. Según el Convenio debe entenderse incluido los casos en los que el funcionario en contra de la obligación de su cargo de actuar imparcialmente recibe una ventaja por actuar en conformidad con sus funciones (por ejemplo, dar un trato preferente acelerando o suspendiendo la tramitación de un asunto (y que en nuestro Código penal constituye la conducta descrita en el párrafo 1º del art. 425).

En el apartado 2 se solicita a los Estados miembros que adopten las medidas de Derecho Penal necesarias para garantizar que las conductas a las que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales dejando a su elección establecer una infracción de carácter general o, como viene siendo acostumbrado, estableciendo varias infracciones específicas (que es la solución adoptada por el Código penal español y los demás códigos de nuestro entorno jurídico).

### 12.c. Conducta típica de cohecho activo.

La corrupción activa de un funcionario se encuentra definida en el art. 3. El Informe explicativo justifica su incorporación en aras de proteger el buen funcionamiento de la Administración Pública y de proteger a los funcionarios de las posibles maniobras en contra de ellos, entendiéndose que en la mayoría de los Estados miembros la corrupción activa y pasiva son infracciones diferentes y autónomas para las que existen actuaciones judiciales diferenciadas y autónomas (así en el ordenamiento penal español donde es posible que cada una de las infracciones se consume por separado siempre que el destinatario no haya aceptado los requerimientos de la otra). En el apartado 1 se identifican las formas de conducta punible constituyendo la infracción “*el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de un tercero, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario para éste o un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función*”. Respecto a la cualidad del sujeto activo del cohecho activo, el informe explicativo aclara que “puede tratarse de un particular que actúa como tal o en nombre de una empresa o una persona que ejerce una función pública”. El acto constitutivo de corrupción debe realizarse dolosamente, es decir con el conocimiento y la voluntad de que el funcionario realice actos contrarios a las obligaciones propias de la función pública. La cuestión de si existe o no la infracción en los casos en que el sujeto activo actúa dolosamente, pero incurre en un error sobre la competencia del funcionario para llevar a cabo el acto solicitado deberá, según el informe explicativo, determinarse de conformidad con el Derecho nacional de los Estados miembros. En España la doctrina está de acuerdo que se trata de un error sobre el tipo y ha diferenciado varios supuestos de error del particular. El caso más frecuente que es el supuesto en que el error

del particular recae sobre el carácter ilícito del acto, son varias las soluciones propuestas desde quien niega su invocación por preferir la aplicación del dolo eventual, quien lo reconduce a una posible tentativa inidónea (del art. 423 en relación al art. 419 o 420) o, quien estima preferible aplicar la nueva normativa sobre error sobre un elemento accidental del delito art. 14.2 y en consecuencia proceder a aplicar el tipo menos grave de cohecho que vendría dado por lo dispuesto en el art. 426. Situación diferente es cuando el autor yerra sobre las competencias del funcionario para llevar a cabo la prestación exigida que en mi opinión si constituiría un supuesto de tentativa inidónea.

La acción del autor de la corrupción puede consistir en prometer o dar directamente o a través de un intermediario una ventaja material o intangible de cualquier naturaleza independientemente de si se cumple la oferta o de si se materializa la ventaja. Insistiendo en que el concepto de ventaja deberá entenderse de un modo más amplio posible. A nuestro modo de ver, el entendimiento tan amplio de dos elementos de la infracción como es la naturaleza de la remuneración (ventajas materiales e inmateriales) y la competencia del funcionario (un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de función) para realizar el acto puede provocar en la práctica la confusión entre dos figuras muy próximas en el derecho penal español como son las de cohecho y la de tráfico de influencias realizada por particular, habida cuenta de que el carácter económico de la contraprestación como medio a través del cual se canaliza la influencia del particular para alterar el proceso motivador del funcionario, es el elemento que permite diferenciar las dos infracciones.

Igualmente, el artículo no distingue entre formas –directa o indirecta– en que se realiza la maniobra de corrupción, incluyendo cualquier oferta dirigida al funcionario ya sea realizada directamente por el propio particular o a través de terceros.

### 12.d. Responsabilidad penal de los miembros de Instituciones comunitarias.

Por su parte, el art. 4 – uno de los artículos que mas reparos suscita– se ha concedido para ampliar y reforzar el ámbito de las medidas anticorrupción introducidas por el Convenio, exigiendo que el Derecho penal de cada miembro se ajuste para incluir una infracción determinada cometida por individuos que ocupen puestos específicos en las instituciones comunitarias. Al igual que el primer Protocolo se introduce el principio de asimilación según el cual todos los Estados miembros estarán obligados a aplicar a los miembros de las instituciones comunitarias las mismas descripciones de los delitos de corrupción que se aplican a los individuos con cargos similares en sus propias instituciones. De este modo, el apartado 1 del art. 4 sienta el principio de que los tipos penales aplicables a los miembros del gobierno, los diputados de los parlamentos nacionales, miembros de tribunales supremos y miembros de tribunal de cuentas se extenderán a sus equivalentes en el ejercicio de sus funciones en las instituciones comunitarias (miembros de la Comisión, miembros del Parlamento europeo, miembros del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas y miembros del Tribunal de Cuentas). En virtud de esta asimilación las disposiciones nacionales deberán ampliarse a fin de incluir a los miembros de las instituciones comunitarias. Esta norma no requiere, según el convenio explicativo, que las infracciones especiales se apliquen respecto de estas personas en un Estado miembro. En el caso de que un Estado miembro ya aplique las mismas disposiciones a la corrupción de ministros, diputados o miembros de tribunales superiores que aplica a funcionarios, entonces simplemente se requiere que se añada la tipificación de la corrupción de miembros de las instituciones comunitarias recurriendo a las disposiciones generales.

En el apartado 2 del art. 4 permite la posibilidad de establecer excepciones al principio de asimilación del apartado 1 en aquellos Estados miembros en que la res-

<sup>66</sup> Vid. Cartier Marie Elisabeth: *La loi relative à la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers (Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption)* op. cit. pág.742,

ponsabilidad penal de los ministros del Gobierno esté regida por disposiciones especiales aplicable a situaciones nacionales específicas. No obstante el convenio expresa que la utilización de la opción de excepción no excluye la necesidad de introducir una forma de responsabilidad penal por infracciones cometidas por miembros de la Comisión o contra ellos con arreglo a las normas comunes de Derecho penal nacional.

Con arreglo al apartado 3 los apartados precedentes sobre asimilación “*se entenderán sin perjuicio de las disposiciones aplicables en cada Estado miembro en lo relativo al procedimiento penal y la determinación de los órganos penales competentes*”. A efectos de los distintos apartados del art. 4 considerados en su conjunto, el Convenio no podrá afectar u obstaculizar las normas nacionales de procedimiento penal, ni las normas sobre competencia de los tribunales para juzgar asuntos relativos a las infracciones correspondientes, lo que no impide que el artículo produzca plenos efectos dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales. Especialmente, por lo que se refiere a las contempladas en el apartado 1, con respecto a las cuales el principio de asimilación implica de manera general y sin excepciones la igualdad de trato del derecho penal, el informe explicativo, señala lo siguiente: “*cuando una ley especial de un Estado miembro confiera a un tribunal especial (o a una comisión específica de un tribunal ordinario) la competencia jurisdiccional, para juzgar a los ministros del gobierno, los miembros de los altos órganos jurisdiccionales, diputados de parlamentos nacionales, que hayan sido acusados de una infracción, entonces dichos tribunales tendrán también jurisdicción para juzgar asuntos similares que afecten a los funcionarios comunitarios anteriormente citados, pero sin perjuicio de las disposiciones nacionales relativas a la competencia*”.

Por último, el apartado 4 del art. 4 establece que el Convenio se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas a la retirada de la inmunidad para el personal de las instituciones comunitarias. Por lo tanto la retirada de la inmunidad sigue siendo una condición previa al ejercicio de la competencia y en relación a esta cuestión el Protocolo reconoce la obligación de cada una de las instituciones afectadas de aplicar las disposiciones relativas a los privilegios y las inmunidades, con sujeción a los procedimientos existentes y los medios ordinarios de reparación previstos en el Derecho comunitario<sup>67</sup>

Lo primero que se impone respecto a este artículo es interrogarse, en primer lugar, sobre si esta previsión específica del principio de asimilación es necesaria en vista de lo que se expone en el art. 1 sobre lo que se ha de considerar funcionario público y, en consecuencia, si las personas mencionadas en el art. 4 no están cubiertas por dicho concepto, y en segundo lugar cual es su impacto en el ordenamiento jurídico penal español.

Por lo que respecta a la primera cuestión Flore pone de relieve la falta de coherencia en el tratamiento que puede deparar establecer diferencias de categorías entre personas que ejercen funciones públicas Si se considera que las personas que ejercen las más altas funciones públicas están cubiertas por la noción de funcionario público, en este caso, habrá una discriminación de tratamiento entre los funcionarios normales y las personas que ejercen las más altas funciones públicas, porque sólo estos últimos estarán sometidos a la vez a la incriminación común pero igualmente a la regla de asimilación entrañará llegado el caso consecuencias menos favorables. Si por el contrario, se considera que los altos cargos no están sometidos a la noción común de funcionario habrá igualmente una discriminación de tratamiento en la medida de que los funcionarios cubiertos por la noción del art. 1 estarán sometidos únicamente a la incriminación común que podrá ser diferente de la de los derechos internos de los Estados miembros mientras que las personas que ejercen las altas funciones públicas no estarán sometidas

<sup>67</sup> Véase en particular el art. 18 del Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de las Comunidades europeas.

a la legislación común sino aquella prevista en la legislación interna para los funcionarios del mismo nivel. Obviamente, Flore, advierte que el problema puede ser solo teórico y que no tiene incidencia práctica en aquellos países en que no se establece distinción alguna según la categoría de las personas (como sucede, por ejemplo, en Bélgica)<sup>68</sup>

Algunos Códigos europeos ya han acogido en su legislación las obligaciones impuestas por el Convenio firmado en 1997.<sup>69</sup> En lo que respecta al Código penal español resulta obligado hacer algunas matizaciones. Por una parte, resulta indudable que son funcionarios públicos a efectos penales tanto aquellos que desempeñan funciones administrativas, en sentido estricto, como aquellos otros que llevan a cabo funciones jurisdiccionales, legislativas o políticas<sup>70</sup> Es mas aunque se ha tachado de redundante y que nada añade a lo dispuesto en el párrafo 2, el párrafo 1 del art. 24. viene a reconocer expresamente dentro del “concepto de autoridad” a los miembros del poder legislativo (tanto de los Parlamentos nacionales, autonómico y comunitarios), del poder jurisdiccional (como miembros de alguna corporación tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia y los funcionarios del ministerio Fiscal), así como los altos cargos de la administración Todos ellos podrán ser sujetos activos de las modalidades tipificadas en los arts. 419, 420, y 421, 425 y 426 del CP. Y de los restantes delitos del Título XIX porque viene expresamente dispuesto. Cuestión distinta es la planteada por Rodríguez Puerta que si bien no niega que los miembros del poder legislativo y del poder jurisdiccional queden cubiertos por el concepto establecido en la Parte general del Código penal si pone de manifiesto que la falta de previsión expresa de la actividad política en relación al delito de cohecho genera insalvables contradicciones. Así apunta la autora citada que al no haber tomado en consideración el Código penal la distinta naturaleza y límites impuestos a cada una de las funciones públicas provoca que en los supuestos mas graves cometidos por funcionarios que desempeñan funciones legislativas o políticas queden equiparados a los casos más graves de cohecho porque los tribunales suelen equiparar la solicitud o recepción de una dádiva para la ejecución de un acto injusto cuando aquella conducta persigue la obtención de un acto de naturaleza política. Por ello Rodríguez Puerta entiende que sería preferible tipificar de forma expresa y separada el cohecho cometido por un parlamentario o miembro electo de la administración como hace, por ejemplo, el Código penal alemán en el § 108 pero no porque no sean funcionarios públicos a efectos penales.

Ahora bien, el ámbito de los preceptos de cohecho pasivo se refiere sólo a funcionarios y autoridades nacionales, por lo que si se quiere cumplir con las obligaciones asumidas por el Convenio como es abordar los supuestos de corrupción pasiva deberá indicarse expresamente en la Parte Especial mediante la reforma legislativa correspondiente, como han hecho los restantes códigos penales de nuestro entorno.

Cuestión distinta es la corrupción activa, la reciente introducción del art. 445 bis en la que se sanciona al particular que con dádivas presentes ofrecimientos o promesas, corrompiera o intentara 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 estos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación al ejercicio de funciones públicas para conseguir o contrato. Dentro de la expresión “funcionario público

<sup>68</sup> Vid. Flore, D.: *L'incrimination de la corruption*, op. cit. pág.29.

<sup>69</sup> Rodríguez Puerta María José: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona 1999. págs.169-171 y nota núm.65.

<sup>70</sup> Sobre la noción de funcionario público, vid. Vaileje Álvarez, I.: *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública*, en *Cuadernos de Política Criminal* num. 62, págs. 435 y ss.

extranjero" tienen cabida todas las ofertas dirigidas a funcionarios no nacionales y en consecuencia podrá castigarse al particular por corromper o intentar corromper a funcionarios comunitarios o a funcionarios de otros Estados miembros.

### 12.c. Las sanciones

En el art. 5 del Convenio se recogen las sanciones. En el apartado 1 del art. 5 se dispone que los Estados miembros deberán garantizar que las infracciones de corrupción activa y pasiva definidas en los arts. 2 y 3 sean siempre objeto de sanciones penales, o dicho de otro modo, de posible enjuiciamiento. Esto se aplica igualmente a la complicidad en estas infracciones y a su instigación que deben interpretarse con arreglo a las definiciones dadas en los Derechos penales de cada Estado miembro. Este precepto, opta por un modelo diferenciado de autoría presente en algunos ordenamientos y, por otra, intenta eludir lagunas de punibilidad en relación a la participación de *extraneus* en delitos especiales.

En el mismo apartado también se recoge que las infracciones deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias, de acuerdo con la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto 68/88. En cumplimiento de esta sentencia los Estados miembros tienen cierto margen al determinar la naturaleza y severidad de las penas privativas de libertad que pueden ser impuestas. Las sanciones tienen que ser necesariamente penas privativas de libertad: también será posible imponer multas como alternativas al encarcelamiento o además de éste. No obstante, en casos graves el Convenio exige, que los Estados miembros establezcan para el autor, participe o inductor penas privativas de libertad que pueden dar lugar a la extradición. La imposición de esta sanción penal "no obstará al ejercicio de los poderes disciplinarios de las autoridades competentes contra funcionarios nacionales y comunitarios". Si bien en la imposición de la sanción penal los órganos judiciales podrán tener en cuenta, según los principios de derecho nacional, cualquier sanción disciplinaria que ya hubiera sido impuesta a la misma persona<sup>71</sup>. Esta es una disposición específica que no será obligatoria en aquellos Estados miembros que no reconozcan o no apliquen sanciones disciplinarias. En este punto, el Convenio identifica el principio *nom bis in idem* con el principio de proporcionalidad lo cual ya se venía haciendo en el ámbito comunitario desde la sentencia *Wilheim*.<sup>72</sup>

En el art. 6 se recoge la responsabilidad penal de los jefes de empresa. Para ello reproduce en su totalidad el art. 3 del Convenio relativo a los intereses financieros de las Comunidades europeas estableciendo que "Cada Estado miembro adoptará, con arreglo a los principios establecidos en su Derecho nacional, las medidas necesarias para que los jefes de empresa o toda persona que ejerza poderes de decisión o de control en una empresa puedan ser declarados penalmente responsables en los casos de corrupción a que hace referencia el artículo 3, cometidos por una persona sometida a su autoridad y que actúe por cuenta de la empresa" La citada disposición lo único que pretende es garantizar que los jefes de empresa u otras personas que ejerzan el poder legal y efectivo dentro de una empresa no se vean eximidos de forma automática de toda responsabilidad penal en casos en que una persona bajo su autoridad y en nombre de la empresa ha cometido un acto de corrupción activa en beneficio de la propia empresa. El

71 Los funcionarios pueden ser objeto de sanciones disciplinarias previstas en el art. 86 del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades europeas. Sobre la dudosa compatibilidad con el principio *nom bis in idem* de sanciones disciplinarias y penales en el caso de funcionarios públicos vid. Marina Jalvo, Belén: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos* (2ª ed.) Valladolid 2001, págs. 185 y ss.

72 Vid. Nieto Martín A.: *Fraudes Comunitarios. Derecho penal económico europeo*. Barcelona 1996, págs. 161 y ss.

Convenio deja a los Estados miembros completa libertad a la hora de establecer las bases para la responsabilidad penal de las personas con poderes de decisión. Podrán darse dos supuestos distintos: 1. que aquel que tenga poder de decisión ordene a un subordinado que cometa un delito, ante lo cual nos encontraremos con un autor mediato o inductor dependiendo de la cualidad de instrumento en el subordinado, o bien; 2. que el subordinado cometa un delito ante la ausencia de control del que tiene poder de decisión. En este último supuesto se tratará de un supuesto de *culpa in vigilando* o negligencia que no se podrá castigar conforme a nuestro ordenamiento jurídico al no preverse expresamente con relación a estos delitos el castigo por la comisión de conductas imprudentes<sup>73</sup>.

Las reglas de competencia se encuentran recogidas en el art. 7 en él se establecen una serie de criterios para otorgar a la autoridades judiciales y de aplicación de la ley la competencia para entablar acciones y entender en los asuntos relativos a las infracciones a las que se aplica el Convenio.

Según el apartado 1 del art. 7, cada Estado miembro estará obligado a establecer su competencia en al menos cuatro tipos de situación, a saber:

- a) cuando la infracción se haya cometido total o parcialmente en su territorio, por ejemplo, cuando la solicitud, se produzca allí, la ventaja se conceda allí, o el acuerdo de la infracción se alcance allí y con independencia de la nacionalidad del funcionario o del particular (principio de territorialidad)<sup>74</sup>.
- b) Cuando el autor de la infracción sea uno de los nacionales o uno de los funcionarios (principio de personalidad activa), el criterio de la condición de autor de la infracción significa que la competencia puede establecerse con independencia de la *lex loci delicti*. Corresponde a los Estado miembros entablar acciones por las infracciones cometidas en el extranjero incluidos los países no miembros que no extraditen a sus propios nacionales<sup>75</sup>.
- c) Cuando la infracción se haya cometido contra uno de los nacionales del Estado miembro sea este funcionario o un miembro de una institución comunitaria. Se trata de la aplicación de un principio de competencia extraterritorial denominado principio de personalidad pasiva. Actualmente son pocas las legislaciones que acogen este principio citándose como exponente mas claro el Código penal suizo y respecto a algunas infracciones el Código penal alemán. El Convenio señala que este principio puede ser de particular interés en los casos de corrupción activa en el extranjero por parte de personas que no son nacionales del Estado miembro de que se trate<sup>76</sup>.

73 Vid. Cerezo Domínguez, A.: *La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales...* op. cit. pág. 21.

74 El principio de territorialidad se encuentra previsto en el art. 8.1 del Código civil y el art. 23.1 de la Ley Orgánica del Poder judicial

75 Este criterio supone la aplicación de la ley penal nacional a delitos cometidos por españoles en el extranjero, siempre que se cumplan determinados requisitos que suelen ser la existencia de denuncia o querrela, la doble incriminación y la prohibición de *nom bis in idem* (así en el art. 23.3 LOPJ). El principio de personalidad activa es ampliamente cuestionado por la doctrina penal contemporánea que recuerda su carácter dominante en el Antiguo Régimen y también en los regímenes totalitarios alemán y soviético de entre guerras. Actualmente tiene un carácter meramente complementario de territorialidad, vid. García de Paz I, / Blanco Cordero I.: *Problemas de Derecho internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet*. En *Actualidad Penal*, núm. 7 / 2002 - semana 11 al 17 de febrero de 2002.

76 La legislación española que como sabemos acoge el principio de personalidad activa no dispone de competencia por personalidad pasiva (cualquier delito cometido contra los nacionales del Estado). De ahí que puede suceder que el extranjero autor de un delito contra un español pueda incluso entrar en España sin que la justicia penal española tenga posibilidad de actuar contra el, salvo que se trate de un delito sobre el

- d) Cuando el autor de la infracción sea un funcionario comunitario al servicio de una institución de las Comunidades europeas que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate. El Convenio señala que el criterio de la sede puede ser útil para casos especiales no contemplados en otras normas de competencia, por ejemplo, cuando la infracción sea cometida fuera de la Comunidad por parte de un funcionario de la Comunidad que no sea nacional de un Estado miembro.

Por analogía a la solución ya adoptada en el contexto de los instrumentos relativos a la protección de los intereses financieros de la Comunidad se proponen cuatro criterios para establecer la jurisdicción de los cuales solo uno (el principio de territorialidad) es sin embargo obligatorio para todos los Estados miembros dado que pueden aplicarse excepciones a cada uno de los tres. En virtud de la posibilidad de hacer una declaración conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 7 de que: “no aplicará una o varias de las normas de competencia contempladas en la letra b), c) y d) del apartado 1 del presente artículo o que sólo las aplicará en casos o condiciones particulares”<sup>77</sup>. En virtud de este precepto son posibles dos tipos de reservas: una que tendrá por efecto excluir uno o los tres criterios de competencia enumerados en el párrafo 1º o una reserva que permita subordinar su aplicación a modalidades particulares de fondo y de forma.

Los arts. 8 y 9 del Convenio se refieren a cuestiones de cooperación judicial en materia penal. Y conjuntamente con los arts. 10 (*nom bis in idem*), y 11 (posibilidad de los Estados miembros adoptar disposiciones de Derecho interno cuyo alcance sea mayor que el de las obligaciones que se derivan del Convenio); se basa en su mayor parte en el Convenio de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas. Por último, el art. 12 establece la competencia de los Tribunales de Justicia de las Comunidades europeas para resolver litigios entre Estados miembros y en determinados casos entre estos y la Comisión en relación con la interpretación y aplicación del Convenio.

En relación al procedimiento de extradición el art. 8 del Convenio obliga a los Estados miembros cuya legislación no conceda la extradición de sus nacionales (caso de España<sup>78</sup>), a que adopte las medidas necesarias para establecer su propia competencia sobre las infracciones penales que haya tipificado de acuerdo con las obligaciones que se derivan de los puntos 4 y 5, cuando sean cometidas por sus propios nacionales fuera de su territorio. En segundo lugar establece que si el acto de corrupción ha sido cometido en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro y no puede ser extraditado por el único motivo de que este último no extradita a sus nacionales, el art. 8 obliga al Estado miembro requerido a someter el caso a sus autoridades judiciales para que estas efectúen las correspondientes diligencias judiciales. Esta última previsión del apartado 2 del art. 8 es una manifestación del principio “*aut dedere aut judicare*” (o extraditar o juzgar). Según Cerezo Domínguez esta disposición no pretende afectar a las normas nacionales en materia de procedimientos penales.

que existe competencia por otras razones (por ejemplo el principio real o de protección que se enumera en la art. 23 de la LOPJ y se contrae a determinados delitos entre los que se encuentra los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española).

<sup>77</sup> Vid. párrafo 2, art. 7: En el momento de la notificación prevista en el apartado 2 del art. 13, todo Estado miembro podrá declarar que no aplicará una o varias de las normas de competencia contempladas en la letra b)c) y d) del apartado 1 del presente artículo o que sólo las aplicará en casos o condiciones particulares.

<sup>78</sup> El art. 3.1 de la Ley 4/1985 de 21 de marzo de Extradición pasiva contempla el principio de no entrega a nacionales o de los extranjeros que deben ser juzgados en España aunque otorga la posibilidad de que las autoridades españolas puedan iniciar actuaciones para en su caso enjuiciar los hechos en España si el Estado requirente lo solicita.

Si un procedimiento relativo a una infracción tipificada de acuerdo con las obligaciones que se derivan de los puntos 4 y 5 afecta al menos a dos Estados miembros, éstos cooperarán de manera efectiva en la investigación, en las diligencias judiciales y en la ejecución de la sanción pronunciada, por ejemplo mediante la asistencia judicial, la extradición, y la transmisión de las diligencias o la ejecución de las sentencias dictadas en otro Estado miembro.

Los Estados miembros aplicarán en su Derecho penal interno el principio *nom bis in idem*, en virtud del cual una persona que haya sido juzgada con sentencia definitiva en un Estado miembro no podrá ser procesada por los mismos hechos en otro Estado miembro, siempre que, en caso de condena, la sanción se haya cumplido ya, esté en vías de ejecución o ya no pueda ejecutarse según las leyes del Estado que la impuso.