

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL Y SU INCIDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Relazione al Congresso italo-spagnolo
svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

María Acale Sánchez*

SOMMARIO

1. Acercamiento. – 2. Análisis criminológico de la corrupción y sus implicaciones con la delincuencia económica. – 3. La lucha contra la corrupción en ámbitos supranacionales. – 3.1 Naciones Unidas. – 3.1.1 La Convención contra la corrupción de 2003. – 3.1.1.1 Prevención. – 3.1.1.2 Represión. 3.1.1.2.1 Delitos de corrupción contra las Administraciones públicas. – 3.1.1.2.2 Delitos de corrupción contra el orden socioeconómico. – 3.1.1.2.3 Delito de corrupción contra la Administración de justicia. – 3.1.2 Reflejo en el Código penal español. – 3.2 La OCDE. – 3.2.1 El Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. 3.2.2 Reflejo en el Código penal español. – 3.3 El Consejo de Europa. – 3.3.1 El Convenio penal sobre la corrupción. – 3.3.2 Reflejo en el Código penal español. – 3.4 La Unión Europea. – 3.4.1 Desde el Tratado de la Unión Europea, hasta el Tratado de Lisboa. – 3.4.2 Reflejo en el Código penal español. – 4. Epílogo.

* Catedrática de Derecho penal, Universidad de Cádiz. Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación SEJ/378 “Sistema penal y actividad económica” (Investigador responsable: Juan María Terradillos Basoco).

1. **Acercamiento.**

La corrupción es un fenómeno ampliamente conocido en los países de nuestro entorno cultural, hasta el punto de haberse convertido en uno de los problemas más graves que acechan hoy a la democracia. De ahí los esfuerzos que se realizan para poner en marcha mecanismos que intenten prevenirla y para sancionar duramente los casos detectados.

El traslado de la corrupción del ámbito de lo fenomenológico al legal se ha producido de forma disímil y con el uso de distinta terminología¹. Así, si bien en el Código penal español dentro de las figuras delictivas principales que entran dentro del fenómeno social de la corrupción no se usa el *nomen iuris* “corrupción”, porque se prefiere la referencia al “cohecho”, a las “negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos”, a la “malversación” o al “tráfico de influencias”, más tradicionales en el acervo cultural penal español², sin embargo, sí se incluye dentro del Capítulo X del Título XIX, en cuyo interior se castigan “los delitos de *corrupción* en las transacciones comerciales internacionales”³; como se verá posteriormente, se da la circunstancia de que dicho capítulo se incluye dentro del Código penal español a fin de cumplir los compromisos “internacionales” asumidos por España tras la firma del Convenio de la OCDE sobre la *Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, de 19 de diciembre de 1997.

Por su parte, en Italia el término “*corruzione*” es ampliamente conocido; así, tras la reciente reforma del *Codice penale* operada por la Ley de 6 noviembre 2012, n. 190, sobre *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*⁴, el Código penal castiga distintas modalidades de “*corruzione*”: en este sentido, identifica como figuras delictivas independientes entre sí la *corruzione* per un atto d’ufficio (art. 318), per un atto contrario ai doveri d’ufficio (art. 319), in atti giudiziari (art. 319 ter), di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320), la istigazione della *corruzione* (art. 322), estableciendo en el art. 321 previsiones específicas en torno a las penas para los corruptos. Ha de traerse a colación en este momento que la Legge anticorruzione ha castigado el delito de tráfico de influencia illecite y a pesar de que no haya incorporado al tipo el término corrupción, queda claro que está en el espíritu de la propia ley que lo lleva al Código.

En particular, es el art. 322 bis el que procede a castigar el “*peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri*”⁵. Este precepto se incorporó al *Codice Penale* por Ley de 29-9-2000, n. 300 a través de la cual se procedió a ratificar la Convención en materia de corrupción de funcionarios públicos de la OCDE para la cooperación y el desarrollo económico anteriormente mencionado y que determinó también la inclusión en el Código penal español del art. 445.

La distinta terminología utilizada por uno y otro Código no impide sin embargo identificar una realidad de base idéntica. Lo que no debe dar lugar a confusión alguna. No puede desconocerse sin embargo que ambos países están sometidos a idénticas obligaciones internacionales, cuyo cumplimiento les exige un mayor o menor esfuerzo, según sea la situación de partida de cada uno de sus Códigos penales.

Tras analizar criminológicamente el fenómeno de referencia, en este trabajo van a someterse a estudio los instrumentos normativos de carácter supranacional que obligan a España y a Italia a cumplir con una serie de compromisos. Posteriormente se analizará con carácter es-

¹ En España, tradicionalmente el término “corrupción” ha sido empleado en el Código penal para definir una clase de atentado contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Vid. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, en *Eguzkilore*, 2003/17, p. 8.

² Alguno de los cuales están presentes en los Códigos penales decimonónicos. I. VALEIJE ÁLVAREZ, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2003/7, pp. 777.

³ Capítulo que, como se verá posteriormente, elimina el Proyecto de reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013; vid. C. JIMÉNEZ VILLAREJO, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, en *Jueces para la Democracia*, 2010/67, pp. 3 y ss.

⁴ En la línea de luchar contra la corrupción también está el Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33 sobre *Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*. Sobre la regulación alemana vid. U. SUMMER, *Korruptionsstrafrecht*, ed. ZAP, Münter, 2010, especialmente y en lo que ahora interesa de resaltar los lazos entre la criminalidad económica y la funcional, pp. 223 y ss.

⁵ Según la redacción dada por la Legge anticorruzione.

pecial la incidencia de esos Convenios y Tratados internacionales en el Código penal español⁶.

2.

Análisis criminológico de la corrupción y sus implicaciones con la delincuencia económica.

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia española define la palabra “*corrupción*” en su cuarta acepción como una “*práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de una serie de organizaciones*” – especialmente en las públicas – “*en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores*”. Gramaticalmente por tanto se resalta que el fenómeno de la corrupción se produce “de forma especial” en el seno de organismos públicos (Administraciones públicas, empresas públicas), pero no impide la existencia de ese mismo fenómeno en el seno de organizaciones de carácter privado que afectan a intereses sociales propios, alejados de los intereses públicos.

El hecho, por otro lado, de que esta distinción – como se verá – no sea tenida en consideración por los distintos textos normativos que serán objeto de estudio, al fundirse en uno, genera como consecuencia un tratamiento unitario de dos fenómenos criminales diversos: la corrupción “pública” y la corrupción “privada”⁷. Sin duda alguna, la preocupación estatal por luchar contra una y otra clase de corrupción, así como el ahínco puesto en la tarea no han sido idénticos, por lo que las figuras delictivas nacidas para hacerle frente han aparecido a distintos ritmos dentro de cada ordenamiento jurídico⁸. Y ello con independencia de que criminológicamente sea factible establecer conexiones entre una y otra forma de corrupción, en aquellos supuestos en los que a la Administración pública se acerque por ejemplo un sujeto que ha conseguido hacerse visible en su mercado tras eliminar antes a sus eventuales competidores a través de medios ilícitos, que muchas veces son constitutivos de delito.

Centrada la atención ya en la corrupción “pública”, y si se compara con la definición de la Real Academia, *Transparency international* define la “corrupción” de forma más amplia como “*el abuso del poder delegado para beneficio propio*”⁹.

⁶ No es este pues el momento de llevar a cabo un estudio comparado entre los delitos contra la Administración pública en los Códigos penales español e italiano. A pesar de ello, quizás deba mencionarse aquí que la gran diferencia que existe entre ambos es la inclusión en el Codice penale del delito de concussione, que no existe en el Código penal español. El art. 317 del Codice penale establece: “*Il pubblico ufficiale, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni [32 quater]*”. La falta de tipificación expresa en el Código penal español no determina obviamente la impunidad de la conducta que puede ser subsumida dentro del delito de coacciones del art. 172, en el que se castiga con pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses a “*el que, sin estar legítimamente autorizado, impidiera a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto*”, con la circunstancia agravante del art. 22.7. Con ello, se estaría teniendo en consideración el atentado contra la capacidad de actuación del particular víctima del funcionario público.

Sin duda alguna, también sería posible recurrir al delito de extorsión del art. 243 en el que se castiga al que “*con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero*”, en cuyo caso se dispone una pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados: pero la calificación como tal extorsión retrasaría la consumación de la conducta del funcionario, pues se trataría ya no solo de obligar a otro a realizar lo que no quiere, sino a realizar u omitir “*un acto o negocio jurídico*”. En todo caso, habrá que estarse al *iter criminis* del caso concreto. Nótese en cualquier caso la diferencia penológica existente entre ambos Códigos.

En extenso sobre el delito de concussione *vid.* V. MILITELLO, “Concusión y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Italia”, en J.M. TERRADILLOS BASOCO, M. ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de Derecho penal económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 241 y ss.

⁷ A favor de la creación del delito de corrupción privada alega NIETO MARTÍN (“La privatización de la lucha contra la corrupción”, en *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, 2011-2012/37, p. 71) la creciente “privatización de las funciones públicas”.

⁸ Porque además afectan a bienes jurídicos distintos.

⁹ Doctrinalmente existen tantos conceptos de corrupción, como autores han pasado a analizarla. Por ejemplo, pueden verse los trabajos de N. DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública*, ed. Comares, Granada, 2004, pp. 9 y ss; del mismo, “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, en *Eguzkilore*, 2009/23, pp. 245 y ss; I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, EDESA, Madrid, 1995, pp. 35 y ss; de la misma, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, *cit.*, pp. 788 y ss; M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento penal de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, en *Revista Ley Penal*, 38/2007, p. 30; M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, en L. MORILLAS CUEVAS (dir.), J.M. SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 163; C. CASTRESANA FERNÁNDEZ, “La corrupción económica en las Comunidades europeas”, en J.M. TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, ed. Trotta, Madrid, 2001, pp. 103 y ss; M. MALET VÁZQUEZ, *La corrupción en la Administración Pública*, ed. Carlos Álvarez, Montevideo, 1999, p. 9; I. BLANCO CORDERO, “La corrupción desde un perspectiva criminológica”, en F. PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 267 y ss.

La similitud existente entre ambas definiciones es amplia, aunque en el primer caso se incide objetivamente en el comportamiento corrupto, mientras en el segundo, se pone el acento subjetivamente en el abuso de poder, aspectos que lejos de contraponerse, vienen a complementar los desvalores de acción y de resultado propios del fenómeno criminal en abstracto, esto es, sin tener en consideración la plasmación de los mismos en ninguna concreta figura delictiva.

Por definición, cuando se analiza el fenómeno de la corrupción pública, se comprueba que para su existencia se precisa la intervención de dos sujetos: por un lado, quien tiene capacidad para adoptar una decisión en cuyo sentido se quiere incidir, ya se produzca en el seno de una Administración pública o en una empresa privada; por el otro, se requiere la intervención de otra persona – física, que a su vez actúa muchas veces en el marco de una persona jurídica – que incide en aquél mediante la entrega de una cantidad de dinero o la promesa de hacerlo, o bajo la influencia de otro tipo de relaciones personales, comerciales o políticas. Por otra parte, nada impide que esa persona sea a su vez funcionario público; pero nada impide tampoco que sea una sola persona la que actúe e interactúe consigo misma, con una especie de “doble personalidad”, acumulando roles: por un lado, representando a una Administración pública y por el otro, como particular interesado en el propio acto corrupto; de ahí que sea tan importante la regulación de las incompatibilidades de quienes ejercen funciones públicas, fundamentalmente de quienes acceden a la política por elección, en la medida en que al desempeñar el cargo con carácter temporal, en muchos casos se muestran reticentes a romper con su vida profesional anterior, a la que creen que no volverán, una vez que se instalan en el “confort” de la política.

La criminalidad de ambos – en el marco de la corrupción – se retroalimentan, de forma que cuando cruzan sus caminos, se necesitan mutuamente para seguir subsistiendo. Y una vez que se alían, alcanzan tanta fuerza que con su actuación son capaces de poner en peligro en muchas democracias jóvenes – no sólidamente consolidadas – su propia subsistencia, provocando escándalos sociales y daños a los administrados¹⁰.

Como consecuencia, este tipo de prácticas relegan al ámbito del mercado negro ingentes cantidades de dinero que quedan fuera de control, y en economías pequeñas, pueden hacer que circule en “negro” a través de los mercados no oficiales más dinero que el que circula legalmente, trastocando así el orden económico¹¹.

Todo ello ha contribuido a transmitir la imagen de la política como un negocio, no como un servicio público. En efecto, el descubrimiento de supuestos de corrupción genera en la opinión pública un rechazo por desgaste y por desprecio de todo lo que tiene que ver con lo público, dando lugar a que maduren nuevas políticas en las que cada vez haya menos intervención estatal – porque “en definitiva, generan corrupción” –. De ahí que cuantos más casos de corrupción salten a la luz, mayor es el número de voces que reclaman que el poder estatal se abstenga de intervenir, en beneficio de la iniciativa y de la actividad económica empresarial privada.

Desde el punto de vista preventivo y de la actuación policial, el encuentro entre la criminalidad económica y la proveniente de los funcionarios públicos hace que se ahorren esfuerzos y se optimicen las posibilidades de acabar con ella si se ponen en marcha mecanismos para luchar contra ambas formas de criminalidad a la vez, pues sin duda alguna, la investigación policial en estos casos obtiene datos simultáneamente de ambas formas de criminalidad que si se investigan de forma separada, se despilfarran. De ahí que no se puedan encontrar soluciones eficaces contra la corrupción, si simultáneamente no se implementan mecanismos para atajar la delincuencia económica; no puede desconocerse que, en muchos casos, las relaciones entre ambos se prolongan en el tiempo, se convierten en permanentes, hasta el punto de poder hablarse de una verdadera red de delincuentes organizados que actúan en virtud de un pacto

¹⁰ Sobre las relaciones entre la delincuencia de cuello blanco y la proveniente de los funcionarios públicos, *vid.* B. ZAGARIS, *International White collar crime*, ed. Cambridge University Press, New York, pp. 95 y ss; M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., p. 165; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., p. 6; C. JIMÉNEZ VILLAREJO, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, cit., p. 3; A. NIETO MARTÍN, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, cit., pp. 59 y ss; D. BENITO SÁNCHEZ, “Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate”, en E. FABIÁN CAPARRÓS, A.I. PÉREZ CEPEDA (coords.), *Estudios sobre corrupción*, ed. Ratio Legis, Salamanca, 2010, pp. 237.

¹¹ M. ACALE SÁNCHEZ, M., “Tratamiento penal de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., p. 28.

previo de distribución de funciones, que les lleva a cada uno de ellos a tener un dominio funcional sobre el conjunto de las operaciones delictivas realizadas¹².

En definitiva, hoy puede decirse que las sociedades y los Estados han declarado la guerra a la corrupción. Y para luchar contra los agentes que mueven sus hilos se han ido aprobando distintos instrumentos normativos en distintos ámbitos políticos cuya finalidad no ha sido otra que la de poner coto a este fenómeno que se ha expandido como una mancha de aceite que, eso sí, cada vez deja más huellas, porque mancha más, visibilizando sus contornos y con ello, sacando a la luz datos que hasta hace poco engrosaban la cifra oculta de criminalidad.

Por otro lado, los costes inherentes a la corrupción terminan repercutiendo negativamente en el propio mercado, porque acaba con la libre competencia¹³ y con la libre concurrencia (pues en muchos casos, terminan con los competidores), y además repercute negativamente en los bolsillos de los consumidores si el precio pagado para comprar el favor del funcionario público, se añade en el precio final del producto o en los administrados si se repercute sobre “*el coste general de la intervención pública*”¹⁴. De forma que las empresas que ponen en marcha estas prácticas, liberadas ya de los costes que generan sus actividades corruptas, se entregan al disfrute sin límites del *status* social en el que se han colocado: al lado del poder.

Y si se constata que en época de crisis, los países que más duramente la soportan son los que soportan también índices más elevados de corrupción, podrá concluirse que la corrupción espanta a la inversión privada honesta y empobrece al conjunto de la sociedad. O si se quiere: la corrupción solo enriquece a los agentes directamente implicados. Es pues el cáncer social de las democracias modernas.

Según *Transparency International*, España es el país donde más aumenta la sensación de corrupción, que se ha convertido en el segundo problema más grave para la sociedad española después del paro¹⁵.

Tras años de escándalos, puede decirse que ahora es cuando se dan los presupuestos para que se pueda luchar contra ella: rechazo social y conciencia del daño público que sus autores causan; casos como los incluidos en el seno de la “Operación Malaya”, en la que se ha investigado una trama en la que participaron un elevadísimo número de sujetos, y que se dedicaron a enriquecerse personalmente, al ritmo que iban desvalijando las arcas municipales del Ayuntamiento de Marbella (SAP de Málaga de 13 de abril de 2013, en la que se sentaba en el banquillo una famosa tonadillera y cuya condena por blanqueo de capitales acaba de confirmar el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de junio de 2014; el cuerpo principal del caso Malaya se examina en la SAP de 4 de octubre de 2013¹⁶); el conocido como “Caso camisetas”, en el que se condenó al entonces alcalde de Marbella por un delito de malversación, por convertir las arcas municipales y las cuentas del Atlético de Madrid en una sola cuenta (STS 5 de mayo de 2004); o el caso del presidente del Club deportivo Sevilla, condenado recientemente por un delito de cooperación necesaria de cohecho en el marco del “Caso Minutas” (STS 18 de noviembre de 2013), etc., casos como estos están contribuyendo a que se amplíe el rechazo social que estas conductas merecen, si se pone el foco de atención en los daños a las causas públicas

¹² Vid. J.M. TERRADILLOS BASOCO, “Criminalidad organizada y globalización”, en *Revista Penal*, 2011/19, p. 95; A.I. PÉREZ CEPEDA, “Instrumentos internacionales del Derecho penal económico”, en J.R. SERRANO PIEDECASAS, E. DEMERIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 375 y ss; J.C. FERRÉ OLIVÉ, “Corrupción y delitos contra la Administración pública”, en el mismo y otros, *Fraude y corrupción*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, pp. 13 y ss.

¹³ Como afirma NIETO MARTÍN (“La privatización de la lucha contra la corrupción”, cit., p. 64) la corrupción “*frustra la función social de la competencia*”.

¹⁴ J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., p. 10.

¹⁵ Vid. <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/> (fecha de la consulta: 26-6-2014).

¹⁶ Sobre la corrupción en Marbella, vid. J.L. Díez Ripollés y otros, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio en la Costa del Sol*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., pp. 10 y ss; R. DUARTE MARTÍNEZ, “Normalización del urbanismo en Marbella”, en *Cuadernos José María Lidón*, 2008/5, pp. 61 y ss; A.M. PRIETO DEL PINO, “Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol”, en *Cuadernos José María Lidón*, 2008/5, pp. 91 y ss.

que causan¹⁷. El hecho, por otra parte, de que se trate de supuestos que afectan a personas que forman parte de la prensa del corazón o a importantes entidades deportivas, ha determinado que la sociedad en su conjunto haya prestado todavía una mayor atención¹⁸.

Más aún: las recientes elecciones al Parlamento Europeo han puesto de manifiesto cómo en España los/as ciudadanos que han acudido a las urnas, han “castigado” con sus votos a los dos grandes partidos – a uno más que a otro –. La prensa española sigue analizando al día de hoy el nacimiento de una nueva formación política – “Podemos” –, surgida de los movimientos de protesta ciudadana ante la crisis económica y la corrupción política: entre los nuevos parlamentarios elegidos destaca el anterior Fiscal Anticorrupción español; su inclusión en el número 3 en las listas electorales pone de manifiesto el prontuario ideológico de la formación política y sin duda alguna, de sus votantes. Está por ver cómo se desenvuelve en el Parlamento Europeo, así como las alianzas que pongan en marcha con el resto de miembros elegidos en el conjunto de países de la Unión¹⁹.

En definitiva, tanto en España como en Italia se incide no ya solo desde el punto de vista del castigo, sino que se apuesta por las vías preventivas²⁰. En este sentido, España ha aprobado su *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, e Italia la *Legge 6 novembre 2012, n. 190. Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'ilegalità nella pubblica amministrazione*, así como el *Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33 recante “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”*²¹: la lectura de todas estas disposiciones pone de manifiesto la complejidad del fenómeno de la corrupción y los esfuerzos tan elevados que han de llevar a cabo los Estados para eliminarla: no basta pues con llevar a los Códigos penales figuras delictivas sancionadas con penas de prisión de larga duración; antes bien, incidir en la prevención de la corrupción es mucho más beneficioso que posteriormente intentar descubrir los hilos que tejen estas redes criminales²².

3. La lucha contra la corrupción en ámbitos supranacionales.

La aparición de la corrupción en el ámbito internacional se ha visto sin duda alguna espoleada por las relaciones comerciales internacionales, y por la interconexión generada entre los agentes públicos que deben adoptar decisiones y los particulares que se benefician de ellas, estén o no en distintos países.

Esto es lo que ha determinado que el impulso necesario que requería la lucha contra la corrupción haya tenido lugar en el ámbito de organismos políticos *supra* estatales. Naciones Unidas, la OCDE, la Unión Europea, o el Consejo de Europa, entre otros, han aprobado distintos convenios que han venido a concienciar a la comunidad internacional de la gravedad de estas conductas que postergan los intereses públicos a favor de los privados, aunque, eso sí, lo

¹⁷ Por limitarnos a casos que al día de hoy ya han dado lugar a sentencias por parte de los tribunales. En los próximos meses, se aclararán otros escándalos políticos que acaparan la atención de la sociedad española: el caso “Bárceñas”, relacionado con la financiación ilegal de un partido político; el caso Matas, ex presidente de una Comunidad Autónoma condenado ya en primera instancia por malversación de caudales públicos; el caso “Bigotes”, empresario que entraba en contacto con las autoridades locales a las que organizaba determinados eventos políticos, deportivos e incluso religiosos; el caso “Nóos”, en el que se investigan las actividades profesionales y económicas de un miembro de la familia real (recientemente, mediante Auto del Juzgado de Instrucción número 3 de Palma, de 25 de junio de 2014, se ha confirmado su procesamiento); el caso de los EREs irregulares, en el que están implicados altos cargos de alguna Comunidad Autónoma, así como líderes sindicales de primera fila.

¹⁸ Poco a poco pues, se está cambiando el panorama de hace unos años, cuando la conciencia social era muy escasa, entre otras cosas, porque como afirmaba DE LA CUESTA ARZAMENDI (“Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., p. 6) se trata de delitos “*sin víctimas*”, o con víctimas “*muy diseminadas y difundidas*”. Sobre la trascendencia de los supuestos de corrupción urbanística, *vid.* C. JIMÉNEZ VILLAREJO, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, cit., pp. 11 y ss; M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., pp. 10 y ss. A. NIETO MARTÍN, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, cit., pp. 58 y ss; D. BENITO SÁNCHEZ, “Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate”, cit., p. 239.

¹⁹ Italia por su parte tampoco se queda a salvo de las llamas de la corrupción: basta resaltar la condena de un anterior primer Ministro por fraude, condena que al día de hoy está cumpliendo, realizando prestaciones en beneficio de la comunidad con el cuidado de enfermos de Alzheimer: *vid.* *El País*, 10 de mayo de 2014.

²⁰ *Vid.* el estudio de derecho comparado que se lleva a cabo sobre corrupción pública y privada en la *Revista penal*, 2013/32, pp. 283 y ss.

²¹ Sobre los mecanismos preventivos en Alemania, *vid.* U. SOMMER, *Korruptionsstrafrecht*, cit., pp. 443 y ss.

²² M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento penal de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., p. 30; M. MALET VÁZQUEZ, *La corrupción en la Administración pública*, cit., pp. 13 y ss.

hagan persiguiendo cada una de esas instituciones sus propias finalidades²³. Escalonadamente pueden distinguirse los pasos necesarios que se han ido dando antes de culminar con el proceso de aprobación de los mismos: en primer lugar el reconocimiento de la existencia de este tipo de conductas; después han favorecido que la sociedad en general se conciencie sobre su gravedad, y finalmente han incidido en la necesidad de sancionarlas penalmente en aquellos casos en los que los esfuerzos preventivos hayan sido baldíos.

Se ha llegado pues de una etapa de casos de abuso del ejercicio de la función pública en atención de los intereses personales, a otra en la que se ha producido la “*globalización del control*”, – mejor: globalización de la necesidad de controlar la corrupción – imponiendo obligaciones a los Estados que en opinión de VALIJE ALVAREZ han visto afectadas su propia soberanía²⁴.

Dado pues el dato objetivo de que la corrupción política y económica no conoce fronteras y causa efectos transnacionales, no es extraño que la lucha contra la misma acapare “*la atención mundial*”²⁵.

3.1. Naciones Unidas.

3.1.1. La Convención contra la corrupción de 2003.

En el ámbito de Naciones Unidas merece especial atención la Convención contra la Corrupción, que se abrió a la firma de los Estados en Mérida (México) del 9 al 11 de diciembre de 2003 y después de esta fecha en la sede de Naciones Unidas hasta el 9 de diciembre de 2005²⁶.

Desde el propio nombre de la Convención, en el que no se “califica” la corrupción contra la que se pretende luchar ni como pública, ni como privada, se pone de manifiesto el especial énfasis con el que se imprime la propia conducta corrupta, más allá de los resultados que con la misma se alcanzan. Esta confusión deliberada permite concluir que no se trata de un instrumento que tienda a proteger solo a las Administraciones públicas: también tiene cabida en su interior la corrupción en entidades privadas, lo que en cierta medida puede ser criticable porque entre una y otra existen amplias diferencias en cuanto a los intereses afectados (públicos y privados, respectivamente), y porque a los funcionarios públicos ha de exigírseles comportamientos distintos que los que se exigen a los empresarios privados (o si se quiere ser más exactos: aunque se les pueda llegar a exigir un común denominador de comportamientos, su base va a ser distinta en uno y otro caso).

En su preámbulo se subraya la complejidad de la corrupción, y la gravedad de los resultados que produce, que afectan a la “*estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley*”. Se trata pues de resultados de gran envergadura, que reclaman ya desde un punto de vista preventivo general el castigo con una pena grave que sea proporcional al daño que causan.

Además afirma el carácter “transnacional” “*que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y para luchar contra ella*”. En esta línea, no existe otra vía más apropiada para prevenir la corrupción que incidir en “*la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo de la corrupción*”.

Su contenido viene distribuido en ocho capítulos que – por este orden – se refieren a las medidas preventivas, a la penalización de estos comportamientos, a la cooperación internacional, a la recuperación de activos, a la asistencia técnica e intercambio de información y finalmente a los mecanismos de aplicación. El simple hecho de que se hayan distribuido así los distintos capítulos que lo componen pone de manifiesto que la prioridad de Naciones Unidas

²³ I. VALEIJE ALVAREZ, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, cit., pp. 778 y ss.

²⁴ I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho* p. 158.

²⁵ I. VALEIJE ALVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho* p. 158.

²⁶ *Vid.* M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., pp. 169 y ss; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., p. 21; R. BREGAGLIO LAZARTE, “La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el Derecho penal”, en VVAA, *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, ed. PUCP, Lima, 2012, pp. 165 y ss.

es la prevención, de forma que las políticas represivas pasan a un merecido segundo plano²⁷.

El tercer gran bloque de materias incluidas en esta Convención se refiere a la cooperación internacional, a sabiendas de que se trata de un fenómeno criminal que no conoce fronteras, y que se expande desde unos países a otros. De ahí la necesidad de que existan mecanismos de cooperación internacional que faciliten la investigación criminal, la extradición, el traslado de personas condenadas a cumplir una pena y la asistencia judicial recíproca con la finalidad de recibir testimonios o tomar declaraciones, presentar documentos judiciales, identificar el producto del delito, etc. Sin duda alguna la vía más idónea a estos efectos es la de los acuerdos bilaterales, de ahí que el art. 50 establezca que *“a los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional”*²⁸.

3.1.1.1. *Prevención.*

Desde el punto de vista preventivo, el art. 5 potencia la participación ciudadana en el control de la corrupción, colectivizando el conocimiento sobre la misma y concienciando a la población de sus efectos perjudiciales, lo que sin duda alguna contribuirá a que se denuncien antes los hechos que se conocen. Ha de tenerse en consideración que en muchas ocasiones estas prácticas corruptas no son denunciadas porque las personas que tienen conocimiento de su existencia o se están beneficiando directa o indirectamente de ellas, o sencillamente es que no saben que se trata de prácticas ilícitas, por lo que no pueden denunciar lo que desconocen que es denunciable. En esto consiste la prevención general que no sólo las leyes penales persiguen.

En este sentido se incide también en la necesidad de acudir a procedimientos de selección de los funcionarios públicos basados en los principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como mérito, equidad y aptitud (art. 7), fomentando códigos de conductas en los que se promueva *“la integridad, la honestidad y la responsabilidad”*.

La transparencia en el ejercicio de la función por tanto es el eje esencial²⁹. En efecto, en la selección de las personas que desempeñen los empleos públicos está la clave: nótese en este punto cómo se acentúan una serie de cualidades que han de poseer estas personas, que se convierten, por una parte, en garantía de honestidad, y por otra, en la base del reproche jurídico en el caso de que se tuerzan los intereses públicos a favor de intereses propios o de terceros.

Y para que una administración sea transparente, hay que fomentar sistemas de contratación pública que haga públicos los criterios que determinarán la decisión de la administración contratante a favor o en perjuicio de una u otra empresa, lo que se facilita si las empresas beneficiarias son sometidas a control antes, durante y después de realizar la actividad, obligándoles a rendir cuentas. Hasta tal punto que, como señala el art. 34 *“los Estados parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”*³⁰.

3.1.1.2. *Represión.*

La Convención se centra en la lucha contra la corrupción como fenómeno criminal que

²⁷ M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento penal de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., p. 30.

²⁸ En esta línea, el Capítulo IV contiene previsiones sobre *“asistencia técnica e intercambio de información”*. Guardián de dicha Convención es la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito, con la INTERPOL (Organización internacional de policía criminal) que desarrolla iniciativas de prevención y lucha contra la corrupción en todo el mundo, y con el respaldo de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

²⁹ Singularmente, salta a la vista – art. 7.3 – la preocupación por aumentar *“la transparencia respecto de la financiación de candidaturas a cargos públicos electivos y, cuando proceda, respecto de la financiación de los partidos políticos”*.

³⁰ Especial mención se hace en el art. 11 en torno a las medidas para prevenir la corrupción en el poder judicial y en el ámbito de la fiscalía, a sabiendas que es la forma más grave de corrupción porque si los valedores del Estado de derecho postergan la ley a sus intereses privados al margen ya de afectar a la imparcialidad con la que deben actuar los distintos poderes públicos, es que están vulnerando el principio de legalidad con efectos muy nocivos para los ciudadanos.

atenta contra distintos bienes jurídicos, y obliga a cada Estado parte a adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito una serie de conductas cuando se comentan dolosamente. En este sentido, el art. 2 procede a definir qué se entiende por “funcionario público”³¹, por “funcionario público extranjero”³² por “funcionario de una organización internacional pública”³³, poniendo con todo ello de manifiesto la trascendencia del comportamiento de un sujeto que actúa en nombre de una Administración pública a los efectos de constreñir con su hacer bienes de titularidad pública.

En cualquier caso, ello no impide distinguir dentro del Capítulo III relativo a la “*penalización y aplicación de la ley*” tres grupos de conductas que más allá de su intrínseco carácter “corrupto”, afectan a bienes jurídicos de distinto tenor: las que lesionan o ponen en peligro a una Administración pública; las que afectan al propio orden socioeconómico que se producen en el ámbito de la empresa privada en la forma más de peligro que de lesión; y las que atentan contra la Administración de justicia, lesionándola. Este hecho parece que está poniendo de manifiesto que se dota de mayor importancia al desvalor de acción, que al desvalor de resultado, pues incide más en el comportamiento “corrupto” del autor, que en los bienes jurídicos afectados por el mismo³⁴.

Si se centra la atención en la parte puramente penal de su contenido³⁵, resaltan una serie de previsiones de carácter general que tienen particular incidencia en el ámbito de la prevención de esta clase de criminalidad. En particular, ha de subrayarse el hecho de que se prevea la imposición para las personas físicas de penas privativas de libertad, pero también las de inhabilitación y el comiso. La imposición de penas privativas de libertad ha de ser bien recibida en casos de delincuencia de cuello blanco. Y sin embargo, por sí solas, no son aun suficientes para frenar los efectos perjudiciales de este fenómeno criminal, puesto que desde un punto de vista preventivo especial, las más idóneas – por necesarias – son penas que tiendan a separar al funcionario del cargo que ha usado como palestra para la comisión del delito.

En el ámbito de las penas privativas de libertad, ha de valorarse muy positivamente lo dispuesto en el art. 30.10: “*los Estados parte procurarán promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención*”. De esta forma, se trata de una Convención que mira hacia el futuro, y que parte de un concepto de pena de prisión dinámica, y que no se queda en el mero castigo por el hecho cometido.

Todo ello se complementa con una serie de previsiones generales en torno al castigo de las personas jurídicas con sanciones “*eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias*”, aunque no determina su naturaleza penal, civil o administrativa, a elección de los Estados, señalando que será compatible con la responsabilidad de las personas físicas que en su nombre actúan.

Ha de subrayarse que aunque no se diga nada al respecto, sólo se está teniendo en consideración la responsabilidad de la persona jurídica que no sea pública, esto es, de las empresas que se acercan a las Administraciones públicas para corromperlas, pero no la de las Administraciones públicas corruptas, como sí hace expresamente el Convenio penal sobre corrupción del Consejo de Europa (art. 1.d).

³¹ “Se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

³² “Se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública”.

³³ “Se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre”.

³⁴ TORRES FERNÁNDEZ (“Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., p. 166) se refiere al “*perfil lesivo diferenciado*” existente entre la corrupción pública y la corrupción privada.

³⁵ Amplias son las previsiones de carácter procesal. En desarrollo de las mismas, con posterioridad, el 4 de noviembre de 2011 el BOE publicaba el Instrumento de Adhesión del Acuerdo para la constitución de la Academia internacional contra la corrupción como organismo internacional, hecho en Viena el 2 de septiembre de 2010 cuya finalidad es la de (art. II) “*promover la prevención y la lucha contra la corrupción de manera eficaz y eficiente mediante: la enseñanza y la formación profesional en materia de lucha contra la corrupción; la investigación de todos los aspectos relativos a la corrupción; la prestación de otras formas pertinentes de asistencia técnica en la lucha contra la corrupción y el fomento de la cooperación internacional y la creación de redes en relación con la lucha contra la corrupción*”.

3.1.1.2.1. *Delitos de corrupción contra las Administraciones públicas.*

Dentro del bloque principal se incluyen una serie de conductas constitutivas de delito que vienen caracterizadas por la participación de dos personas: por un lado, un funcionario público y por otro, un particular. Además el ánimo de lucro está presente en todas ellas, es más, sin él no se da por conformado el tipo subjetivo, ya sea por falta del propio dolo o porque falte el ánimo de lucro cuando se incorpore como elemento subjetivo especial del tipo de injusto.

Entre ellas, la más clásica de las figuras delictivas en la que se acoplan a la perfección los elementos esenciales acabados de definir es el soborno, es decir, en la terminología preferida por el legislador español, el cohecho (activo y pasivo, si se recurre a la clásica clasificación doctrinal que distingue por un lado la figura de quien entrega la dádiva – activo – y quien la recibe – pasivo –, clasificación que ha de ser criticada porque parece que da a entender que el “corruptor” es el particular, mientras que el funcionario se limita a aceptar que lo corrompan; dentro de este razonamiento se esconde cierto prejuicio social, que parece que reprocha menos a este último su comportamiento, cuando en realidad al haber asumido una serie de deberes propios con el cargo, su conducta – incluso cuando se limita a dejarse “corromper” – es más grave que la del particular que tiene menos responsabilidades específicas contraídas con la Administración³⁶. Ha de llamarse la atención en torno al hecho del distinto comportamiento que han de llevar a cabo los sujetos implicados, en la medida en que en muchas ocasiones, el comportamiento activo del particular requiere solo el mero comportamiento pasivo por parte del funcionario, esto es, que omita sus deberes de control. En este sentido ha de señalarse que a pesar de ello, ese mero comportamiento omisivo, no solo es equiparable a la acción sino que en muchas ocasiones tiene un valor superior al propio comportamiento activo llevado cabo por el particular.

En esta línea se prevé el castigo de las conductas tanto del particular – u otro funcionario – que ofrece “un beneficio indebido” a un funcionario público para que actúe en contra de los intereses generales y en beneficio de quien hace el ofrecimiento o de “otra persona o entidad”, en el ejercicio de sus funciones oficiales. Si bien el art. 15 prevé el soborno de “funcionarios públicos nacionales”, el art. 16 se refiere a los “funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas”.

También se incluyen los delitos de malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades de “bienes, fondos o títulos públicos o privados, o cualquier otra cosa de valor que se haya confiado al funcionario en virtud de su cargo”.

El tráfico de influencias tampoco pasa desapercibido a los ojos de Naciones Unidas: en efecto, se prevé el castigo por una parte de quien hace “la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original o de cualquier otra persona”, y a su lado, también prevé el castigo de la “solicitud o aceptación por parte del funcionario o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido”.

Dentro de este primer bloque que hemos caracterizado por las notas de la conducta típica – corrupción – y porque afectan al ámbito de la Administración pública, ha de incluirse también el abuso de funciones públicas, que se equipara al abuso de funciones del cargo, es decir, “la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad”: puede observarse cómo esta figura delictiva, a diferencia de las anteriores, tiene un único protagonista que es el funcionario público, si bien con su actuación – activa u omisiva – persigue un beneficio “indebido” – que será de naturaleza económica la mayor parte de las veces, pero nada impide que tenga una naturaleza distinta, como por ejemplo, cuando se persiga un beneficio político – ya sea para sí mismo, o para otra persona – física o jurídica –,

³⁶ M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento penal de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007”, cit., p. 31.

con lo que vuelve a surgir la presencia de la delincuencia de cuello blanco.

La última conducta que conforma este grupo es la del enriquecimiento ilícito, previéndose que cada Estado considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas para castigar como delito *“el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”*. En este caso, como se observa, se produce una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que se presume que cualquier incremento patrimonial no justificado en el patrimonio de un funcionario es ilegal y se eleva a la consideración de delito teniendo que demostrarlo el imputado.

3.1.1.2.2. *Delitos de corrupción privada contra el orden socioeconómico.*

Junto a la previsión del castigo de la corrupción en el sector privado, la Convención contiene previsiones específicas en torno al castigo de determinadas conductas “corruptas” que sin embargo causan un perjuicio en el ámbito privado. Esta es la consecuencia principal que se desprende del hecho de que se defina la corrupción poniendo más peso en el desvalor de acción que en el desvalor de resultado que se causa.

Bajo esta etiqueta pueden incluirse el soborno en el sector privado, esto es *“la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”*. Asimismo, *“la solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”*. Por su parte el art. 22 regula la malversación o peculado de bienes en el sector privado: *“en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo”*.

También se prevé el blanqueo del producto del delito (art. 23) y el “encubrimiento” (art. 24³⁷), conductas que ya se llevan a cabo una vez que se ha consumado el acto corrupto y que de no tipificarse de forma expresa, no podrían ser consideradas formas de participación en el acto corrupto que ha terminado de perfeccionarse. En la medida de que se trata de dos conductas que se producen con posterioridad a la comisión del delito de malversación, cohecho, etc., aunque no se señale nada en torno a si el sujeto activo del blanqueo o la receptación ha de ser un tercero distinto a quien llevó a cabo el acto corrupto propiamente dicho³⁸, parece que así ha de entenderse. La inclusión en este bloque de estas conductas se basa en el ánimo de lucro que mueve al autor, con independencia de que a su vez puedan estar dificultando la labor de la administración de justicia.

En el caso del blanqueo se hace referencia a una serie de actividades (conversión, transferencia, ocultación o disminución) de bienes que ha de entenderse que provengan de un “delito” aunque para justificar su presencia en esta sede deba aceptarse que se trate de cualquiera de los delitos que ha descrito hasta este momento. Mientras que la definición del encubrimiento/receptación parte como premisa de que se refiere a conductas que se pueden solapar con el blanqueo, siendo así que ahora lo que define a esta infracción es que el autor se dedique al *“encubrimiento o retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes provienen de cualquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”*.

3.1.1.2.3. *Delito de corrupción contra la Administración de justicia.*

Finalmente, el tercer grupo de figuras que se incluyen dentro de la Convención de Naciones Unidas sobre “corrupción” afectan directamente a la administración de justicia, pues se

³⁷ Que para el Código español es más la receptación.

³⁸ Todo ello con independencia de que el art. 27 contenga pautas en virtud de las cuales, los Estados firmantes se comprometen a castigar la participación y la tentativa.

trata de conductas que dificultan o impiden el esclarecimiento de los actos corruptos mencionados anteriormente. Ello determina que en muchos casos sean figuras delictivas que se cometen por los mismos sujetos que han llevado a cabo los actos principales de corrupción (ya sea como autores o como partícipes) y que tengan lugar después de realizados aquéllos. De ahí que el descubrimiento de los actos de corrupción que atentan contra la Administración pública o la privada, impidan la producción de estas conductas también corruptas que atentan contra la Administración de justicia.

Por otro lado, de no procederse al castigo expreso, caso de que coincidan los sujetos implicados en una y otra fase de la operación corrupta, podrían quedarse al abrigo de la sanción penal, por ser considerados actos posteriores impunes.

Así el art. 25 se prevé el castigo de *“el uso de la fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio o a obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”*, aunque curiosamente no se castiga a quien sin el empleo de tales medios comisivos, presenta falso testimonio; y finalmente el uso de dichos medios para *“obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente convención”*.

3.1.2. *Reflejo en el Código penal español.*

Desde que se firmó por España la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, hasta el día de hoy, puede decirse que el Código penal se ha adaptado completamente a las previsiones de naturaleza penal contenidas en su interior, si bien en el mismo momento de su aprobación, ya se dejaba ver que el esfuerzo que tenía que llevar a cabo el legislador español no era excesivo puesto que el Código penal de entonces ya daba cabida a gran parte de sus previsiones punitivas (tanto en lo referido a las conductas típicas, como a las sanciones concretas a imponerle a sus autores). Eso sí: la diferencia más importante que existe entre el modelo seguido en la Convención y el que se desprende del Código penal español es que si bien la primera, como se ha dicho, pone el acento en el comportamiento “corrupto”, el segundo atiende además al resultado que el mismo causa, lo que determina la ubicación sistemática de estos preceptos, que quedan finalmente separados unos de otros, al dispersarse la protección de los distintos bienes jurídicos a los que afectan.

En este sentido, por lo que toca a los delitos contra la Administración pública, ya en el año 2003 se castigaban con penas “eficaces”, “proporcionadas” y “disuasivas” los delitos de cohecho, tráfico de influencias y malversación, dentro del Título XIX del Código penal como “delitos contra la Administración pública”.

Del conjunto de previsiones sancionadoras quedaba y al día de hoy sigue quedando por castigarse penalmente de forma autónoma la conducta del funcionario público que se deja influir desde el momento en que, visto el contenido del delito de tráfico de influencias (arts. 428 y 429), no es típica, ya que se condena solo al funcionario público o autoridad que influye sobre otro, o del particular que hace lo mismo, aunque el hecho que el funcionario influido sea o no castigado, dependerá del hecho de que después adopte o no una decisión arbitraria en un hecho administrativo, y en tal caso su castigo vendría por haber sido inductor al delito de prevaricación cometido por éste.

A pesar de que se trate de un supuesto que por la vía señala no va a quedar exento de responsabilidad criminal, la solución del Código penal español ha de ser criticada por dos motivos. El primero porque parece que se pone de manifiesto que el “dominio del hecho” pertenece solo y exclusivamente al funcionario influido, y que “moralmente” se rebaja el grado de reproche del influyente respecto al que se merece el funcionario influenciado, decide dictar esa resolución arbitraria en un asunto administrativo de forma que termina beneficiando al influyente. Por otro lado, porque a pesar que la inducción y la autoría en el Código penal español se castigan con la misma pena (el art. 28 es el que señala que *“también se considerarán autores”* a efectos de pena, *“los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”*), cuando se trata de delitos especiales, la LO 15/2003 incluyó dentro de los criterios de determinación de la pena

una atenuación facultativa – art. 65.3³⁹.

Las figuras delictivas del Código penal español relativas al abuso de las funciones propias del cargo son más amplias que las establecidas en la Convención: en efecto, los arts. 436, 437, 438, 441 y 442 castigan además otros abusos con finalidad sexual.

Y respecto al enriquecimiento ilícito ha de hacerse notar que en España esta conducta no es delictiva, aunque en el ámbito del comiso se presume efectivamente – art. 127 – en caso de delitos cometidos en seno de una organización criminal o grupo terrorista que “*proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas*”. Queda todavía abierta la posibilidad de que se extienda esta previsión a los delitos cometidos en el marco de la corrupción. Lo que sí señala expresamente el art. art. 431 es que en el caso de los delitos de tráfico de influencias y de cohecho, “*las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso*”⁴⁰.

Por lo que se refiere a los que hemos denominado “figuras delictivas relativas a la corrupción en el sector privado y que afectan al propio orden socioeconómico” ha sido necesario que se aprobara la LO 5/2010 para que se incluyera en el Código penal español en la Sección 4^o del Capítulo XI (que incluye, según su rúbrica los “delitos relativos a la propiedad intelectual, e industrial, al mercado y a los consumidores”) del Título XIII – que castiga los “delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” – los delitos de “corrupción privada”⁴¹. Su aterrizaje en el Código se produce en un lugar sistemático muy alejado a los en puridad de principios, delitos relativos a la corrupción pública, es decir, las distintas modalidades de cohecho y tráfico de influencias, poniendo con ello de manifiesto que aquella “confusión” intencionada que presenta la Convención, queda corregida de esta forma por parte del legislador español, que más allá del comportamiento “corrupto” que puede ser similar en un caso y en el otro, sin embargo, presta

³⁹ “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”. Vid. M. ACALE SÁNCHEZ, “Delitos contra la Administración pública II”, en J.M. TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, vol. II, ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 168 y ss.

⁴⁰ Pues bien: esta parece ser la vía que pretende abrir la nueva regulación del comiso ampliado en el Proyecto de reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013 prevé modificaciones de gran calado en este punto. Así, incorpora un art. 127 bis del siguiente tenor literal:

“1. El Juez o Tribunal ordenará también el comiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito: a) Delitos de trata de seres humanos; b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de quince años; c) Delitos informáticos de los artículos 197.2 y 3 ó 264; d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los que hubiera sido apreciada la circunstancia de profesionalidad; e) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial; f) Delitos de corrupción en los negocios; g) Delitos de receptación del artículo 298.2; h) Delitos de blanqueo de capitales; i) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313; j) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; k) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373; l) Delitos de falsificación de moneda; m) Delitos de cohecho; n) Delitos de malversación; o) Delitos de terrorismo; p) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

2. A los efectos de lo previsto en el número 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios: 1^o. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada; 2^o. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraisos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes; 3^o. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo anterior.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el Juez o Tribunal valorará el alcance del comiso anterior acordado al resolver sobre el comiso en el nuevo procedimiento.

5. El comiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada”.

⁴¹ El art. 286 bis establece: “1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

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

especial atención al hecho de que afectan a intereses tan dispares que merecen una separación sistemática dentro del Código penal.

Finalmente, las conductas que hemos denominado “obstruccionistas” contra la Administración de justicia, se castigan ampliamente dentro del Código penal español en el Capítulo VII del Título XX – que contiene “*los delitos contra la Administración de Justicia*” – bajo la rúbrica más amplia de “*la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*”.

El mandato, por otro lado, de que se sancione a las personas jurídicas ha sido llevado al Código penal a través de la LO 5/2010, que tras una reforma de amplio espectro ha admitido en España la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, yendo mucho más allá que los términos de esta Convención que se limitaba a señalar la necesidad de proceder a sancionarlas, sin calificar en forma alguna la naturaleza de la correspondiente sanción⁴². Se trata no obstante de una previsión que si bien afecta a las personas jurídicas privadas, deja al abrigo de la sanción penal a las Administraciones públicas, en cierta medida con razón pues caso de sancionarlas penalmente, se produciría un daño innecesario para la ciudadanía que no solo ha tenido que soportar el enriquecimiento ilícito de unas personas a costa del erario público, sino que además ha de cargar con las consecuencias de sus actos.

En este sentido, el Proyecto de reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013 prevé incorporar un nuevo art. 427 bis en sede de cohecho, en el que se tipifica la responsabilidad criminal de la persona jurídica. Con ello, se produce finalmente el reconocimiento legal del hecho de que las personas que participan/actúan en el acto corrupto, lo hacen muchas veces desde una persona jurídica, plasmándose así legalmente la implicación de la delincuencia empresarial con la de los actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos y autoridades.

En definitiva, queda pues de manifiesto cómo el legislador español distingue la ubicación sistemática de estas figuras dentro del Código penal en atención al desvalor de resultado, por mucho que el desvalor de acción pueda llegar a ser similar.

Por lo demás, sin duda alguna el espíritu de prevención de la corrupción que reina a lo largo de toda la Convención está presente en el ordenamiento jurídico español, que en lo procesal ha puesto en marcha fiscalías especiales en materia de corrupción, que son las que tras la formación específica de sus miembros, están impulsando con muy buenos resultados la persecución de estas figuras delictivas tan difíciles de descubrir en tantos casos.

3.2. *La OCDE.*

3.2.1. *El Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.*

La OCDE aprobó el *Convenio de Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales* el 19 de diciembre de 1997 partiendo de que la “*corrupción es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales*”, y del papel tan importante que desempeñan los Gobiernos en la prevención así como de la importancia que tienen en estos casos la cooperación, la supervisión y el seguimiento multilateral para controlar que la intervención de agentes públicos extranjeros en las transacciones comer-

⁴² La reforma se ha implementado llevando a cabo cambios numerosos en los arts. 31, 31 bis, 36, 53, 66 bis, 129, 130.2, así como los concretos delitos en los que se ha previsto su responsabilidad: artículos 156 bis (tráfico de órganos humanos), 177 bis (trata de seres humanos), 189 bis (exhibicionismo y provocación sexual), 197 (violación de secretos informáticos), 251 bis (estafas), 261 bis (insolvencias punibles), 264.4 (daños informáticos), 288 (delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores), 302 (receptación y blanqueo de capitales), 310 bis (delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social), 318 bis (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros), 319 (delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo), 327 (delito ecológico del art. 325), 328 (establecimiento de depósitos o vertederos de residuos), 343 (radiaciones ionizantes), 348 (fabricación de materias que puedan causar estragos) 369 bis (tráfico de drogas), 399 bis (falsificación de certificados), 427 (cohecho), 430 (tráfico de influencias), 445 (corrupción de funcionario público extranjero), y 576 bis (colaboración con banda armada). Esto son los únicos delitos que pueden dar lugar a imponer una pena a una persona jurídica. Parece que se trata de hacerles responder, tal como por otro lado se señala en la Exposición de Motivos, de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, “*y en su provecho*”, además por las infracciones que haya propiciado “*por no haber ejercido la persona jurídica el control de sus empleados*”, con lo que parece que, en el plano subjetivo se equipararía la comisión dolosa y la imprudente (*culpa in vigilando*). Vid. M. ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 131 y ss.

ciales internacionales se produzca de forma respetuosa con el principio de imparcialidad. La lucha contra este fenómeno de la corrupción se produce pues en esta sede no con una finalidad meramente altruista, sino completamente interesada, a los fines – como afirma TORRES FERNÁNDEZ – de mejorar “*el desarrollo y de la confianza en los mercados*”⁴³.

El compromiso que en esta sede se firmó fue el siguiente: “*cada parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho 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*”. No se aclaraba si con esa conducta se menoscaba un interés de la Administración para la que trabaje el agente público o para el propio orden socioeconómico: abierta quedaba esta cuestión.

Eje central del Convenio es el concepto de “*agente público extranjero*” que se define en el art. 1.4 como “*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 una empresa pública; y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública*”.

La constatación de la relevancia que en las relaciones comerciales internacionales alcanzan las personas jurídicas llevó al art. 2 a reclamar que cada Estado miembro procediera a sancionarlas, eso sí, según su derecho interno, sin determinar de forma alguna la naturaleza de la correspondiente sanción. A la vista de su contenido, puede concluirse que para las mismas se reservarán sanciones penales, si se trata de un Estado que admita esta clase de responsabilidad, recurriendo a otras sanciones en caso contrario, así como el decomiso del “*soborno*” o del “*producto de la corrupción*” o el comiso sustitutivo a través de “*bienes cuyo valor corresponda al de ese producto*”.

Y respecto a las consecuencias jurídicas a imponer a la persona física, el art. 3.1 prevé penas “*eficaces, proporcionadas y disuasorias*”, similares a las que le corresponda al funcionario público si con su conducta hubiera afectado a intereses nacionales, haciendo hincapié en las penas privativas de libertad, “*en el grado suficiente para permitir la asistencia judicial mutua efectiva y la extradición*”.

3.2.2. Reflejo en el Código penal español.

A través de la Ley Orgánica 3/2000, se incluyó en el Código Penal un nuevo Título, el XIX bis, rubricado “*de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*”; en la Exposición de Motivos de la ley de reforma se señalaba que con la incorporación al Código, España saldaba la deuda que tenía asumida tras la ratificación del “*Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997*”. Posteriormente, la LO 15/2003 eliminó el Título XIX bis y reubicó su contenido dentro del propio Título XIX en el que se castigaban – y se castigan – según su rúbrica “*los delitos contra la Administración pública*”; con ello se ponía de manifiesto más claramente la naturaleza del bien jurídico protegido en su interior. Finalmente, la LO 5/2010 ha procedido a incorporar modificaciones de calado en la propia figura delictiva, a fin de – según establece su Exposición de Motivos “*acoger conductas de corrupción que no están suficientemente contempladas en la actualidad, así como regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos*”.

A pesar de esa ubicación, difícilmente puede decirse que se trate de una conducta que afecta a la administración pública española, ni europea, por lo que quizás el dato que ha determinado que finalmente se incluyera en esta sede es que se trata de castigar conductas muy

⁴³M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., p. 172. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., p. 20; I. VALEIJE ÁLVAREZ, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, cit., pp. 797 y ss; A. NIETO MARTÍN, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, cit., p. 63; D. BENITO SÁNCHEZ, “Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate”, cit., pp. 248 y ss.

cercanas al delito de cohecho⁴⁴ o que afectan a una Administración pública: sea cual sea ésta. En efecto, todo parece apuntar a que el bien jurídico protegido ha de buscarse dentro de una administración pública extranjera o de una organización internacional. El autor, cuando “corrompe” o “intenta corromper” a ese funcionario público está poniendo en peligro el principio de imparcialidad con el que también en el seno de dicha organización ha de actuar⁴⁵.

En todo caso, la consideración de estas conductas relativas a la corrupción en las transacciones comerciales internacionales como un delito contra “la Administración pública” es discutible, independientemente de los acuerdos políticos contraídos por España, a no ser que se reintepre el bien jurídico en el conjunto del Título XIX y se entienda que se trata de figuras delictivas que afectan no ya a una “administración pública española”, sino en un sentido más amplio, a las “administraciones públicas”.

Muchos de los elementos típicos coinciden con los del delito de cohecho⁴⁶.

Tras la reforma operada por la LO 5/2010, el art. 445.1 castiga a “*los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de esos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales*”.

Sujeto activo de la conducta puede ser cualquiera, esto es, tanto un particular como un funcionario público o autoridad que actúe por sí mismo o por persona interpuesta. También puede serlo una persona jurídica, cuando concurren los requisitos previstos en el art. 31 bis.

Desde el punto de vista objetivo, la conducta típica consiste en “*corromper*” o “*intentar corromper*”, esto es, castiga la modalidad de cohecho activo, si bien – como se decía anteriormente – se trata de verbos no usados por el legislador español para definir el delito de cohecho: se adelanta pues la consumación al momento del intento de corromper.

Esa conducta ha de ir dirigida a un funcionario público extranjero o de una organización internacional. Ahora bien, después de haber distinguido uno de otro, el número 3 del art. 445, al definir qué se entienda por el primero, los confunde. En este sentido, el precepto señalado establece: “*A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero: a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública; c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública*”.

Más difícilmente puede decirse lo mismo cuando se trata de un funcionario público francés que, con su conducta afecta exclusivamente a decisiones internas de Francia. Esta disposición debe entenderse en el sentido de que cada Estado miembro de la Unión se compromete a proteger al mismo nivel que sus propios intereses públicos, los de la Unión Europea así como los intereses propios de cada Estado, con independencia de que en este caso de que los intereses españoles no se vean afectados cuando se trata de un funcionario público francés que gestiona cantidades dinerarias propias, ajenas a políticas europeas, y que no se cruzan con intereses españoles. Por tanto, la previsión establecida en el art. 445 en sede de transacciones comerciales internacionales ha de estar referida a funcionarios públicos extranjeros o de una organización internacional que no pertenezcan a la Unión europea, lo que tiene todo su sentido desde el punto de vista del bien jurídico administración, o a un funcionario público de otro país de la Unión Europea que, por extensión, han sido incluidos dentro del delito de cohecho del art. 427. En el marco del art. 445 se trata pues de corromper o intentar corromper a funcionarios públicos de países no miembros de la Unión y a miembros de organizaciones internacionales externas a la Unión Europea. De ahí el carácter transnacional de las operaciones que le sirven de referencia.

⁴⁴ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2013, p. 941: se refiere directamente al “*cohecho de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*”.

⁴⁵ Sobre la identificación del bien jurídico en los delitos de cohecho, *vid.* ampliamente M.J. RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 66 y ss; I. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, cit., pp. 25 y ss; de la misma, “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2008/5, pp. 43-46.

⁴⁶ *Vid.* M. ACALE SÁNCHEZ, “Delitos contra la Administración pública II”, cit., p. 189.

El medio a través del cual debe intentar corromperse al funcionario público extranjero es el ofrecimiento, promesa o concesión de *“cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase”*, es decir, por medio de la dádiva, favor o retribución referida en sede de cohecho, por lo que quizás debería haber tendido el legislador a unificar los términos utilizados en una sede u otra.

El tipo subjetivo exige dolo, y además que se entreguen esas cantidades dinerarias con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. La conjunción de los tipos objetivo y subjetivo convierte a la figura delictiva examinada en un delito de resultado cortado, en la medida en que se da por consumado cuando se realiza el primer acto – corromper o intentar corromper – a fin de que en un futuro resuelva de acuerdo con sus intereses, pero no es necesario que efectivamente se produzca este segundo acto para dar por conformado el tipo.

Antes de la reforma operada por la LO 5/2010, la pena que le correspondía al autor de este delito se establecía por remisión a lo dispuesto en sede de cohecho, lo que causaba ciertas dificultades interpretativas a la vista de la pluralidad de modalidades existentes. Ahora se señala directamente, simplificando los problemas detectados durante los años de vigencia de la anterior figura delictiva. La pena que le corresponde a la persona física es de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio. Asimismo se impone la “pena” de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años (también prevista en los arts. 424 y 436).

La pena prevista para la persona jurídica es la de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, así como cuando corresponda en atención a lo dispuesto en el art. 66 bis, cualquiera de las penas contempladas en las letras b) a g) del art. 33.7.

Finalmente, a diferencia de lo establecido en el art. 431 a los efectos del delito de cohecho y de tráfico de influencias, el art. 445 no ha previsto el decomiso del beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, esto es, la dádiva. Ello no impide que se aplique el comiso previsto con carácter general del art. 127, a pesar de que dicho precepto no prevé el decomiso del objeto material del delito, pero sí de los beneficios o ganancias devengados.

Las reformas que pretende llevar a cabo el Proyecto de 20 de septiembre de 2013 son amplísimas. En este sentido, según su Exposición de Motivos *“se crea, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del CP, una nueva sección referida a los “Delitos de corrupción en los negocios”, en el que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero)... En el caso de la regulación del cohecho transnacional, se modifica su marco penal, y se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código Penal. Con esta finalidad, se precisa que la norma solamente dejará de ser aplicada cuando los hechos puedan ser castigados con una pena más grave en otro precepto del Código, si bien se dispone que, en todo caso, se impondrá la pena de prohibición de contratar con el sector público y de recibir subvenciones o ayudas pública, beneficios o incentivos fiscales, o de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública”*.

Dentro del Libro II las reformas son muy importantes y se concretan en la eliminación del actual Capítulo X del Título XIX, en el que como se ha señalado anteriormente, se castigan *“los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”*. Su eliminación se compensa a través del nuevo delito del art. 286 ter en sede de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, que establece: *“1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una Autoridad o funcionario público, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el*

beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427”.

Como se observa, se trata de una reforma de gran calado porque si bien, por un lado, sistemáticamente traslada el delito de corrupción en el ámbito de las operaciones comerciales internacionales al interior de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, dejando claramente señalado cuál es el bien jurídico que aquí se protege, por el otro lado, deja abierta las posibilidades de que la figura delictiva examinada entre en concurso de normas con la inducción a la prevaricación, concurso que se solventará recurriendo al precepto que prevea una pena superior. Por esto mismo, el modelo diseñado en el Proyecto tampoco convence, porque si con las transacciones comerciales internacionales se pone en peligro el orden socioeconómico, quizás se debería haber dejado abierta la puerta para aquellos supuestos en los que por el grado de desarrollo alcanzado, además se lesione o se ponga en peligro más o menos el bien jurídico administración pública. Baste pensar que cuando un particular se acerca a una Administración pública ofreciendo al funcionario o autoridad beneficios o ventajas indebidas, ya está poniendo en peligro el principio de imparcialidad con el que se deben adoptar las decisiones en cualquier ámbito de la Administración pública.

Se deberá así esperar y comprobar cómo se interpreta por los jueces y tribunales esta disposición tal como se redacte y se publique en BOE.

Como se señalaba anteriormente, el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales no señala nada en torno a cuál sea el bien jurídico protegido en este precepto. El legislador español, con el cambio de ubicación que pretende darle a esta figura delictiva, pone de manifiesto que tampoco lo tiene claro y que, en cualquier caso, la escasa aplicación de este precepto desde que llegó al Código puede deberse a su errónea ubicación⁴⁷.

3.3. El Consejo de Europa

3.3.1. Convenio penal sobre la corrupción.

El Consejo de Europa también ha incluido dentro de sus objetivos la lucha contra la Corrupción⁴⁸. En efecto, en su seno ha visto la luz el Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. Fue firmado el 10 de mayo de 2005 por España, aprobado y ratificado el 26 de enero de 2010⁴⁹.

En su preámbulo se parte de que la “*corrupción constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, que la misma socava los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad*”. De ahí que estén convencidos de la necesidad de “*intensificar la cooperación internacional en materia penal dotándola de mayor rapidez y agilidad*”. Además encarga las in-

⁴⁷ En el mismo sentido, el art. 322 bis del Código penal italiano fue incorporado después de la ratificación por Italia del Convenio en materia de corrupción de los funcionarios públicos de la OCDE: dicho artículo se incluye entre los delitos contra la administración pública: si el Proyecto de reforma del Código español llega a ser publicado en BOE, serán muy amplias las diferencias entre ambos Códigos penales.

⁴⁸ Vid: B. ZAGARIS, *International White collar crime*, cit., pp. 122 y ss; M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., p. 174; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., pp. 14 y 15.

⁴⁹ Por otro lado, el BOE de 31 de marzo de 2010 publica el Instrumento de Ratificación del Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999, cuya finalidad es reconocer “*la importancia de que para el Derecho civil tiene contribuir a la lucha contra la corrupción, en particular haciendo posible que las personas que hayan sufrido daños reciban una compensación equitativa*”.

investigaciones al Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) creado en la 102 Reunión del Comité de Ministros el 4 de mayo de 1998, a través de la Resolución (98) 7, institución que tiene por objeto mejorar la capacidad de sus miembros en la lucha contra la corrupción velando por el cumplimiento de sus compromisos en este ámbito.

El Convenio comienza definiendo qué se entiende por “*agente público*” que se interpretará “*con referencia a la definición de funcionario, oficial público, alcalde, ministro o juez, en el Derecho nacional del Estado en que la persona en cuestión ejerza dichas funciones y tal como se aplique en su derecho penal*”.

También parte de un concepto de personas jurídicas del que se excluyen “*los Estados*” y “*otras entidades públicas en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público y de las organizaciones internacionales públicas*”.

Desde el punto de vista del conjunto de conductas “*corruptas*”, ha de llamarse la atención sobre la diversidad de ellas en la línea de la Convención de Naciones Unidas, pues también en su interior se encuentran previsiones relativas a la corrupción pública (cohecho y tráfico de influencias, arts. 11 y 12), a la corrupción privada (activa y pasiva en los arts. 7 y 8), así como conductas corruptas que afectan a la Administración de justicia o cuanto menos, a pesar de afectar a otros bienes jurídicos intermedios, como el blanqueo de capitales o los delitos contables, la ponen también a ella en peligro.

De todas estas conductas hace responder tanto a las personas físicas, como a las personas jurídicas, y prevé por un lado un mecanismo para identificar al responsable de los delitos cometidos en el seno de las personas jurídicas que va a ser sancionada cuando una serie tasada de delitos sean cometidos en “*beneficio*” de las personas jurídicas por una persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza un poder directivo dentro de ésta, sobre la base de un poder de representación de la persona jurídica, o una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica, o una autoridad para ejercer control en el seno de la persona jurídica, así como la participación de esa persona física en calidad de cómplice o de instigador en la comisión de los delitos anteriormente mencionados. Se equipara el castigo de la conducta dolosa de la persona física a aquellos supuestos en los que actúa con “*falta de vigilancia o de control*”.

Para las personas físicas opta por la imposición de penas que sean “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*” entre las que menciona las privativas de libertad, y para las personas jurídicas sanciones igualmente “*eficaces, proporcionadas y disuasorias de naturaleza penal o no penal, incluidas las sanciones pecuniarias*”.

3.3.2. *Reflejo en el Código penal español.*

Respecto a España, la 42 Reunión plenaria del Greco celebrada en Estrasburgo los días 11 a 15 de mayo de 2009 aprobó el Informe de Evaluación. En su interior, al igual que se loaba por ejemplo la extensión del castigo del cohecho en el Código penal español al cohecho subsiguiente, al que la Convención no se refiere, recomendaba algunas correcciones. La más urgente de todas ellas era que se ratificara el Convenio sobre corrupción que a esa fecha no se había hecho todavía. Asimismo se recomendaban cuestiones puntuales como aclarar el concepto de dádiva y si las “*ventajas inmateriales están contempladas en las disposiciones del Código penal relativas a corrupción*”; se proponían modificaciones de gran calado en lo que al castigo del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales⁵⁰; modificar el art. 422 asegurándose el castigo de jurados y árbitros extranjeros; el castigo de la corrupción en el sector privado de conformidad con los arts. 7 y 8 del Convenio penal sobre la corrupción y del tráfico de influencias activo como delito principal; criminalizar el tráfico de influencias en relación con empleados públicos extranjeros, miembros de asambleas públicas extranjeras, funcionarios de organismos internacionales, miembros de asambleas parlamentarias interna-

⁵⁰Recomienda (i) clarificar la noción de empleado público extranjero; (ii) ampliar el ámbito de aplicación del art. 445 relativo a la corrupción activa de empleados públicos extranjeros y funcionarios de organismos internacionales de forma que abarque no sólo las situaciones que impliquen transacciones comerciales internacionales; (iii) criminalizar la corrupción activa de empleados públicos extranjeros y funcionarios de organismos internacionales; y (iv) asegurar que se criminaliza la corrupción de miembros de asambleas públicas extranjeras, asambleas parlamentarias internacionales (aparte de los miembros del Parlamento europeo), así como la de jueces y empleados de tribunales internacionales (además de los que sirven en la Corte Penal Internacional”.

cionales y jueces y empleados de tribunales internacionales; y aclarar definitivamente cuales son las ventajas no materiales contempladas por las disposiciones del Código penal relativas al tráfico de influencias; se proponía también que se aumentaran las sanciones para los delitos de cohecho de los arts. 421, 425 y 426 con el fin de garantizar que estos delitos puedan dar lugar a extradición y aumentar las sanciones para el tráfico de influencias; finalmente se planteaba que España debería “*someter a revisión la aplicación del art. 427 sobre arrepentimiento a fin de determinar los potenciales usos y abusos de este eximente en la investigación y enjuiciamiento de casos de corrupción y, si es necesario, tomar las medidas oportunas*”.

España respondió a todas estas sugerencias mediante un informe de fecha de 22 de diciembre de 2010, el día anterior al de entrada en vigor de la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010 que tan profundos cambios ha incorporado en estas materias. Así, tras la nueva redacción – y ubicación – dada a los delitos de cohecho por la LO 5/2010, el art. 423, después de la inclusión de las distintas modalidades de cohecho pasivo, señala que “*lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública*”. Se trata de sujetos que desempeñan de forma habitual funciones de carácter público sin el requisito subjetivo de la definición de funcionario del art. 24 del Código, esto es, el acceso a la función pública por nombramiento de la autoridad competente, por elección o disposición inmediata de la ley. De no haberse incorporado esta cláusula de extensión de la responsabilidad criminal, no cabría aplicar los delitos de cohecho a estos sujetos pues supondría analogía *in malam partem*, en la medida en que no son funcionarios públicos a efectos penales.

Con posterioridad, a fecha de 1 de abril de 2012, vio la luz el nuevo informe sobre “Infracciones” del GRECO. En este segundo informe, se felicitan porque ya España ha ratificado el Convenio; porque se ha modificado la referencia a la dádiva dentro de los delitos de cohecho, de forma que ya no hay duda de que entran también las ventajas materiales o inmateriales; se ha castigado expresamente el cohecho de funcionario público extranjero que también ha sido definido de forma autónoma; se ha castigado la corrupción privada; se han elevado las penas del cohecho y del tráfico de influencias; no obstante, todavía tiene tarea por delante España pues no se ha castigado en el art. 445 la corrupción pasiva en el contexto de la cooperación transaccional; se exige ahora cambios en cuanto a las sanciones a imponer en el caso de financiación ilegal de partidos políticos, no bastándole la información que le proporcionó el Tribunal de Cuentas y exigiéndole que incluya “*sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para estas infracciones, en particular, por extender el rango de sanciones disponibles y mediante la ampliación del ámbito de aplicación de las sanciones previstas para cubrir todas las personas o entidades (incluidos los donantes individuales) a quienes la Ley Orgánica 8/2007 impone obligaciones*”⁵¹.

3.4. La Unión Europea.

3.4.1. Desde el Tratado de la Unión Europea, hasta el Tratado de Lisboa.

Desde que el art. 29 del Tratado de la Unión Europea – hoy Tratado de Funcionamiento – enumerara la prevención y la lucha contra la corrupción, organizada o no, como uno de los objetivos para lograr la creación y salvaguardia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, mediante una mayor cooperación judicial, policial y aduanera y la aproximación, cuando proceda, de las normas penales, (III pilar), la actividad europea ha sido incesante, y ha ido profundizando en medidas de carácter preventivo⁵². Con esta finalidad, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo (“*Una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción*”, de 21 de mayo de 1997) en la que se recogía la estrategia sobre la corrupción dentro y fuera de sus fronteras, en la que proponía la prohibición de la desgravación

⁵¹ El BOE de 7 de marzo de 2011 publicaba el Instrumento de ratificación del Protocolo adicional penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003 que tiene en el centro de su atención la figura de los árbitros y jurados, y de la extensión hacia ellos de los delitos de corrupción.

⁵² Vid al respecto M.A. PÉREZ MARÍN, *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea*, ed. Atelier, Barcelona, 2013, pp. 111 y ss.

fiscal de sobornos, normas sobre los procedimientos de contratación pública, introducción de normas contables y de auditoría, y el establecimiento de listas negras de empresas corruptas y medidas en el régimen de ayuda y asistencia externas de la Comunidad⁵³.

De conformidad con el Consejo Europeo de Tampere, consagrado exclusivamente a los asuntos de justicia e interior, la así llamada Estrategia del Milenio sobre la prevención y control de la delincuencia organizada de 27 de marzo de 2000 centró la corrupción en el contexto de la delincuencia financiera como una de los delitos en los que el Consejo “*debe adoptar instrumentos destinados a aproximar las legislaciones de los Estados miembros*”, acordando definiciones y sanciones comunes y desarrollando una política más general (es decir, pluridisciplinar), a escala de la Unión Europea respecto de esta forma específica de delincuencia, teniendo en cuenta los trabajos realizados en otras organizaciones.

Por otro lado, en 2001 se creó EUROJUST, integrado por un miembro de la Administración de Justicia por cada Estado miembro con objeto de facilitar contactos, hacer posible la cooperación entre magistrados y descubrir vínculos entre casos transfronterizos en curso. Su competencia material abarca, entre otras cosas, el fraude y la corrupción, el blanqueo de dinero y la participación en una organización delictiva. Asimismo, el fiscal europeo financiero, según lo propuesto por la Comisión en su *Libro verde* de 11 de diciembre de 2001, recibirá el mandato de enfrentarse a los delitos de corrupción a condición de que afecten a los intereses financieros de la Comunidad.

En este sentido, el primer documento es el *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*⁵⁴, cuya aprobación vino a poner de manifiesto la necesidad “*de adaptar –vía asimilación– las legislaciones nacionales en la medida en que no tipifiquen como delito los actos de corrupción que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas y en los que estén implicados funcionarios comunitarios o funcionarios de otros Estados miembros*”⁵⁵.

En efecto, allí se partía de que si bien casi todos los ordenamientos castigan los delitos relacionados con la corrupción, muchas veces existen impedimentos para poder asimilar al funcionario público comunitario al nacional, quedándose así las acciones por ellos emprendidas libres de castigo, lo que se convertía en un factor criminógeno, dificultando a su vez la cooperación judicial entre los distintos Estados miembros.

Ha de mencionarse en esta sede que con anterioridad vio la luz el Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas, en cuya letra h) del punto 7 establece que “*los Estados miembros deberán adoptar medidas eficaces para sancionar el soborno en el que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas en relación con los intereses financieros de las comunidades*”. Ahora bien, como se afirma en el Informe explicativo “*debido al objeto del Convenio que completaba, el Protocolo sólo podía exigir a los estados miembros que castigaran la conducta relacionada con el fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas*”, es decir, según la definición de los arts. 2 y 3 del Protocolo, una acción u omisión, “*que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas*”.

En su art. 1 define los conceptos de funcionario, funcionario comunitario y de funcionario nacional, con la finalidad de que a todos ellos les sean aplicables en los distintos Estados miembros los delitos de cohecho⁵⁶.

Asimismo, la comisión ha creado la Oficina Europea de lucha contra el fraude (OLAF),

⁵³ Vid. M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “Marco normativo internacional contra la corrupción”, cit., pp. 178 y ss; J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, cit., pp. 16 y ss; I. VALEIJE ÁLVAREZ, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, cit., pp. 783 y ss; de la misma, “Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción”, cit., pp. 800 y ss.

⁵⁴ DOCE, 25 de junio 1997.

⁵⁵ En su art. 6 contiene las reglas de la aplicación de las respectivas leyes penales nacionales en el espacio; vid. A. NIETO GARCÍA, “La lucha contra el fraude a la Hacienda pública comunitaria”, en C. MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, A Coruña, Servicio de publicaciones de la Universidad de A Coruña, 1998, pp. 225-226; M. ACALE SÁNCHEZ, “Las subvenciones comunitarias y sus fraudes”, en J.M. TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, cit., pp. 66 y ss.

⁵⁶ Como se verá a continuación, esto es lo que ha venido a hacer la reforma operada por la LO 5/2010, con la inclusión en el art. 427 de una definición de funcionario de la Unión Europea, partiendo de lo previsto en el art. 1 del Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

dotada de competencias de investigación interinstitucionales. Por lo que se refiere a sus investigaciones internas, la corrupción incluye las faltas profesionales de los funcionarios de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones que puedan dar lugar a un procedimiento disciplinario o penal.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta la Decisión Marco del Consejo de 22 de julio 2003⁵⁷, que ha dado lugar, según la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 a la inclusión del delito de corrupción privada: *“la idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas”*. Ha de resaltarse que la Unión, con buen criterio, regula de forma independiente de la corrupción pública, la que se produce en el ámbito privado, poniendo con ello de manifiesto el mayor peso que tiene en la construcción teórica de la corrupción más el resultado que causa (perjuicio para un bien jurídico privado o público), que el mero desvalor de acción.

La Unión Europea en la Decisión mencionada parte de que *“junto a la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional, que se aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta de la Unión Europea”*⁵⁸.

Su objetivo es ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, objetivo que habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, incluida la corrupción activa y pasiva en el sector privado.

En el ámbito de las sanciones, el art. 4 prevé la imposición de sanciones de naturaleza penal *“efectivas, proporcionadas y disuasorias”*, exigiendo a los Estados que aseguren las *“sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años”* e inhabilitaciones *“cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa o pasiva”*.

Se consagra la responsabilidad de la propia persona jurídica – penal o administrativa – y establece un mecanismo para identificar a la persona física que actúe en nombre de aquélla: *“los estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los arts. 2 y 3 cometidas en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica; b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica; c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica”*.

También en este caso se equipara el dolo a la *“falta de vigilancia o control”*.

El catálogo de sanciones previstas para la persona jurídica pone de manifiesto la incisión desde el punto de vista de la prevención especial en la actividad de la empresa: *“los estados miembros tomarán las medidas para asegurar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del apartado 1 del art. 5 puedan ser castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones, tales como exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales, vigilancia judicial, medida judicial de disolución”*.

En el ámbito del Tratado de Lisboa, ha de resaltarse que se recoge en su interior un catálogo cerrado de bienes jurídicos de naturaleza puramente europea y obliga a los Estados partes a que procedan a protegerlos penalmente (art. 83 TFUE)⁵⁹. Es lo que se denomina Derecho penal europeo esencial. Junto a él, establece las bases en virtud de las cuales crezca el anterior catálogo de forma sucesiva —y, por tanto, derivada— (al margen de las previsiones específicas que se establecen en otro lugar respecto al fraude de subvenciones). El art. 83.1 TFUE establece que el Parlamento europeo y el Consejo podrán establecer mediante directi-

⁵⁷ DM 22003/568/JAI, Diario Oficial de la Unión Europea 192/54, 31 de julio de 2003.

⁵⁸ Por todos en extenso vid. M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp.265 y ss.

⁵⁹ M. ACALE SÁNCHEZ, “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008/30, pp. 349 ss.

vas a través del procedimiento legislativo ordinario «normas mínimas» relativas a la definición de las «infracciones penales» y de las «sanciones» en ámbitos de «especial gravedad» – que posteriormente tasa el párrafo segundo de este artículo –, que además tengan una dimensión transfronteriza derivada del «carácter», o de las «repercusiones» de dichas infracciones, o de la «necesidad particular» de combatirla según criterios comunes: estos son pues los puntos esenciales sobre los que levanta la Unión su capacidad para obligar a los Estados a dirigir su actividad legislativa en materia penal; podrá comprenderse fácilmente que en este contexto, lo que haya que entenderse por «normas mínimas» pasa a ser la cuestión esencial.

En un principio, parece que se trata de normas mínimas con relación a la identificación del catálogo de figuras delictivas. Ahora bien, en la medida en que el Tratado de Lisboa no supone una etapa distinta, sino simplemente un momento posterior al actual desarrollo del acervo comunitario, por el contenido de las Decisiones Marcos aprobadas durante los últimos años, todo apunta a que dichas previsiones van a abarcar también cuestiones relativas a la parte general del Derecho penal y, por ende, tomarán partido en torno al castigo expreso de la tentativa, la tutela de bienes jurídicos colectivos, las formas imprudentes o la participación – entre otras –.

Los ámbitos de especial gravedad vienen tasados en el propio art. 83.1 párrafo 2º TFUE: terrorismo⁶⁰, trata de seres humanos y la explotación sexual de “mujeres y niños”⁶¹, tráfico ilícito de drogas⁶², tráfico ilícito de armas, blanqueo capitales⁶³, corrupción⁶⁴, falsificación de medios de pago⁶⁵, delincuencia informática⁶⁶, así como delincuencia organizada. Se trata pues de un elenco de materias completamente europeizado antes de la aprobación del Tratado de Lisboa a través de distintas Decisiones Marcos. Estos serían los bienes jurídicos propiamente europeos. Se incluye pues la referencia expresa a la “corrupción”, sin que se señale si se refiere a la corrupción pública o privada.

No cabe duda de que el impulso que la Unión Europea ha dado a la lucha contra la corrupción – pública por un lado, y privada por el otro – se debe a que Europa sigue siendo al día de hoy una administración lejana para los ciudadanos europeos que no van a votar todavía convencidos de elegir a sus representantes en sus instituciones y de que se trate de una Administración que tenga capacidad de actuar y de estar presente en la vida cotidiana. En definitiva, Europa será realidad y será creíble para todos solo si aleja la corrupción de ella.

3.4.2. *Reflejo en el Código penal español.*

La influencia de las decisiones de contenido penal adoptadas en el ámbito de la Unión Europea en el Código penal español es indudable. Al margen ya de las innumerables reformas llevadas a cabo para adaptar el contenido del Código a las directivas y decisiones marcos europea⁶⁷, en particular es preciso señalar ahora que la reforma operada por la LO 5/2010 ha extendido claramente los contornos de los delitos de cohecho y además ha procedido a incluir en el Código el delito de corrupción privada.

En efecto, por lo que toca a la “corrupción pública”, el art. 427 tras la reforma sufrida en 2010 lleva a cabo una extensión de la responsabilidad criminal, desde el momento en el que establece que lo dispuesto en los artículos precedentes en materia de cohecho se aplicará

⁶⁰ Decisión Marco 2002/475/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

⁶¹ Decisión Marco 2002/629/JAI, del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y a la Decisión Marco 2002/946/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, para reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

⁶² Decisión Marco 2004/757/JAI, del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delito y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

⁶³ Decisión Marco 2001/500/JAI, del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

⁶⁴ Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea de 25 de junio de 1997.

⁶⁵ Decisión Marco 2001/413/JAI, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa a la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo.

⁶⁶ Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, sobre los ataques contra los sistemas de información.

⁶⁷ Véase a título de ejemplo la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DO L 192 de 31.7.2003).

también cuando sean imputados o afecten a funcionarios de la Unión Europea – junto a los funcionarios nacionales de otros Estados. En este sentido, el art. 427.1 establece que *“lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión”*.

Sorprende que esa definición se limite a tener validez en sede de cohecho y no por ejemplo en el ámbito del tráfico de influencias. Queda no obstante la posibilidad de entender que el señalamiento expreso de los miembros del Parlamento Europeo como “autoridades” en el art. 24 del Código, si se entiende que se trata de una mera orientación y de que caben más personas dentro del concepto de funcionario público o de autoridad, podría entenderse que cualquier delito en el que se haga referencia a un funcionario público o autoridad puede ser cometido por un funcionario de la Unión Europea o sobre un funcionario de ella.

La ampliación es pues clara, y desborda a la propia Unión Europea, pues por un lado se prevé la aplicación de los delitos de cohecho cuando se trata de funcionarios de la Unión Europea, pero por el otro, también cuando se trata de conductas en las que resulten imputados funcionarios de otros países miembros de la Unión. Ambos conceptos son definidos posteriormente.

Así, a efectos penales, el art. 427.1 define qué ha de entenderse por “funcionario de la Unión Europea: *“1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea; 2.º toda persona puesta a disposición de la Unión Europea 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 la Unión Europea; 3.º los miembros de organismos creados 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 la Unión Europea no les sea aplicable.”*

La inclusión en sede de cohecho de esta definición tiene todo su sentido si se acepta que el bien jurídico imparcialidad se refiere a una Administración pública española, y española es también la comunitaria, a la que le ha cedido parte de su propia soberanía.

Por otra parte, también se define en el art. 427.2 in fine qué se entiende por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión: *“el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro”*.

El Proyecto de reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013 prevé modificar el art. 427, ampliando el concepto de funcionario público en cualquier caso⁶⁸.

Se puede decir que en España, desde 2010 al día de hoy, se impone la misma pena al autor del delito de cohecho sobre un funcionario español, comunitario o sobre un funcionario de otro país de la Unión. Esta es razón suficiente para entender que dentro del Título XIX no se protege la Administración pública española: por el contrario, se protege a las “administraciones públicas” en términos más generales. Así, la Administración pública italiana se protege por el Código penal español cuando un delito de cohecho afecte a sus funcionarios públicos y con ellos, a sus propios intereses. En contraprestación, España confía en que Italia haga lo mismo con sus funcionarios y con sus intereses: en efecto, puede decirse que el código penal italiano, entre los delitos contra la administración pública del Título II, protege no solo a la Unión Europea, sino también a la Administración pública española, porque el art. 322 bis.5 establece que las disposiciones de los artículos 314, 316, del 317 al 320 y 322.3 y 4, se aplican también: *“a coloro che, nell’ambito di altri Stati membri dell’Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti di un pubblico servizio”*.

4.

Epílogo.

Todos estos instrumentos internacionales coinciden en varias necesidades: aclarar quienes son los agentes públicos o los funcionarios públicos que quienes gestionan lo público (internacional, europeo o extranjero); castigar las conductas relacionadas con la “corrupción” pública y privada, conjunta o separadamente, pero de castigarlas; incidir en mecanismos de cooperación

⁶⁸ Vid. *supra*.

judicial y policial; en la concienciación social sobre la gravedad de estos atentados que causan macro daños solo evaluables desde un punto de vista macro social; así como en la necesidad de incidir en la transparencia como remedio frente a la corrupción.

Y en efecto, la corrupción teje redes delincuenciales muy amplias, en las que necesariamente tienen que implicarse personas provenientes tanto de la esfera privada como de la pública, las cuales se rodean de expertos en materia empresarial, para facilitar las – en muchos casos – operaciones económicas que llevan a cabo – verdaderas obras de ingeniería económica –, así como la delicada tarea de proceder a blanquear los capitales provenientes de estas actividades ilícitas y por ende, la entrada en el mercado económico de ingentes cantidades de dinero negro. Lo que determina, que la lucha contra dicho fenómeno ha de abarcar todos esos aspectos y ha de procurarse que participen en la misma los mismos profesionales que tejen la tela de la araña, capaces con los mismos conocimientos que éstos, de poner al descubierto los hilos que manejan.

Pero por mucho que en el Código penal se castiguen estas conductas y con penas elevadas, de poco sirve si no existen los medios económicos, materiales y humanos suficientes como para que la investigación policial pueda verdaderamente llegar a buen puerto. Ese cúmulo de profesionales dedicados a estas tareas, además, ha de actuar de forma conjunta y coordinada desde todos los frentes. Confiar todo este trabajo al Derecho penal es fácil, aunque no se sabe bien si eficaz, pues puede que se valore el riesgo que corren los autores de ser descubiertos y que se siga actuando si se confía en la escasez de medios policiales destinados a la investigación en apoyo de las labores de instrucción. De ahí la importancia de la OLAF y del GRECO.

En este sentido, han de ser valoradas positivamente la creación de la Fiscalía especial en materia de corrupción que impulsan de forma ordenada la persecución de estas conductas. También ha de valorarse muy positivamente la aprobación de leyes anticorrupción, como la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y la Legge 6 novembre 2012, n. 190 Recadente “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”: recuperar la confianza en la democracia, es la mejor vía para atraer la inversión privada nacional y extranjera y salir así todos juntos de la crisis: gobiernos y ciudadanía.

Las elecciones celebradas en Europa recientemente, en España que es el país de la Unión Europea que más preocupación le causa la corrupción, ha votado más a los partidos menos corruptos: puede decirse pues que la transparencia causa el resultado democrático de vencer en las urnas. Los partidos con más escándalos de corrupción son los que más votos han perdido porque la ciudadanía interactúa contra ella, votando en las urnas⁶⁹.

¿Reflexionará alguna vez la clase política sobre ello? Esperar a que caigan sobre sus cabezas las piedras que ella misma tira sobre su propio tejado no parece una solución para ningún problema. Menos aún para hacer frente al fenómeno de la corrupción, que a modo de tsunami, arrastra lo que a su paso encuentra.

⁶⁹ B. ZAGARIS, *International White collar crime*, cit., p. 96.