

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Fern Olive, Juan Carlos

El crimen organizado en el marco de la corrupcion pública y privada

<http://hdl.handle.net/11067/1190>

<https://doi.org/10.34628/2xrk-s159>

Metadados

Data de Publicação	2014-10-08
Palavras Chave	Crime organizado, Corrupção
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 04-5 (2007)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T01:23:21Z com
informação proveniente do Repositório

**EL CRIMEN ORGANIZADO
EN EL MARCO DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA**

Juan Carlos Ferré Olivé

EL CRIMEN ORGANIZADO EN EL MARCO DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA*

Juan Carlos Ferré Olivé¹

1. Corrupción en el sector público

Hablar de corrupción nos lleva a aproximarnos a situaciones comúnmente conocidas, que suponen en lo esencial el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos o autoridades al tomar decisiones arbitrarias o ilegales en el ejercicio de sus cargos. Sin embargo, se trata de un fenómeno que excede el ámbito de los mencionados funcionarios y autoridades. Como primera e importante premisa debo destacar algo que me parece obvio: no puede haber corrupción en el sector público si no intervienen de manera activa y eficaz protagonistas del sector privado. El mundo de los negocios y la economía es el que da contenido al fenómeno de la corrupción en todas sus manifestaciones. Los caminos para el enriquecimiento de los servidores públicos son cada vez mayores: concesión de obras públicas, compra de material bélico y en general cualquier contratación por parte del Estado, comisiones por licencias para construir en suelo público o privado, negociaciones que pueden producirse en el mundo económico como subvenciones públicas, blanqueo de dinero, corrupción en el sistema bancario, etc.. La lista es, sin duda, interminable.

La corrupción es un fenómeno universal, pues afecta tanto a países con modelos políticos totalitarios como democráticos y en general suscita el descrédito de las instituciones públicas. Se debe destacar el fenómeno de la financiación ilegal de los partidos políticos que provoca graves distorsiones al Estado de Derecho. Nos preocupa también una forma muy evolucionada de corrupción, la que relaciona la actuación de la Administración con la economía, a través del papel asignado a funcionarios o autoridades que gestionan, deciden, adjudican y resuelven la asignación o el control de importantísimos contratos o subvenciones públicas.

* Conferência proferida em Lisboa, na Universidade Lusíada em Outubro de 2004.

¹ Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Huelva. Espanha.

Nos encontramos en el ámbito privado, el de las empresas, el de los mercados financieros, en el que intervienen sujetos distintos a los funcionarios públicos o autoridades que incurrir en prácticas corruptas o incluso las provocan. Este tipo de corrupción genera vicios difíciles de reparar en la gestión pública y en buena medida se producen alteraciones en el conjunto de la economía. Por una parte, se aprecia que el enorme volumen de dinero en juego potencia la compra de voluntades entre funcionarios, autoridades y políticos. Por otra parte, las reglas que regulan las contrataciones públicas o las subvenciones resultan enormemente alteradas, de tal forma que en muchas ocasiones las empresas optan por imputar las cantidades destinadas al pago de sobornos como un coste más de la operación comercial. Como resulta lógico, estas conductas llegan a distorsionar las condiciones de competitividad internacional de las empresas. Una prueba irrefutable de la existencia y disfuncionalidad de estos comportamientos es la Recomendación del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) relativa a la deducibilidad tributaria de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros, que recomienda a aquellos Estados miembros que no impidan la deducibilidad de los sobornos se replanteen ese tratamiento con el objeto de denegar la mencionada deducibilidad sobre la base del carácter ilícito de esos hechos. En otros términos, se ha llegado a la increíble situación de importantes empresas que pretenden y posiblemente obtienen beneficios fiscales por los sobornos que pagan en el extranjero.

Esta realidad nos lleva a abordar el fenómeno de la globalización. Estamos ante una de las manifestaciones más características de nuestro tiempo. A la globalización se adjudican grandes ventajas para la evolución del comercio y las comunicaciones a nivel mundial. Pero no pueden desconocerse las graves consecuencias sociales que está generando en los países periféricos. Se trata de un fenómeno que no solo tiene consecuencias en el libre flujo de capitales internacionales, sino que produce sus efectos incluso en el ámbito del Derecho penal. Desde esta perspectiva, globalizar supone que las políticas criminales nacionales de los distintos Estados van perdiendo peso específico en beneficio de las políticas criminales internacionales. La globalización se refleja fundamentalmente en la extraterritorialidad de las disposiciones penales o procesales. Así, en el ámbito del Derecho Público, se manifiesta con las medidas urgentes recientemente dictadas para la lucha contra el terrorismo internacional o los efectos extraterritoriales de las leyes penales para luchar contra los delitos sexuales cometidos en cualquier parte del mundo. También en la expansión internacional del llamado derecho penal del enemigo. En el ámbito del Derecho Privado, y fundamentalmente como consecuencia directa de la necesidad de protección de las inversiones extranjeras que realizan las grandes empresas trasnacionales, la globalización se advierte con la propuesta de sanciones por actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros.

Esta situación explica el creciente interés de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para luchar contra la corrupción y el fraude en las transacciones económicas internacionales. Esta organización ha promovido un Convenio, firmado en París el 17 de diciembre de 1997, que claramente pretende acabar con la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

En la actividad de la Administración Pública, y fundamentalmente en la toma de las decisiones importantes, cuando la Administración se relaciona con los particulares (adjudicando obras, servicios o regulando la actividad del Estado con una política de subvenciones) existen ciertas reglas de juego. La previsibilidad de esas reglas, que normalmente deben estar enunciadas en la normativa, como las bases del concurso, o las bases de la convocatoria de una subvención, hacen que las empresas interesadas presenten su oferta técnica y económica. Sin embargo, cuando la decisión final a cargo de las autoridades, dentro del margen de libertad que siempre permite en última instancia la concesión de una obra o servicio público o la concesión de una subvención, está condicionada por la influencia de intereses privados, las reglas de juego resultan alteradas. Esta situación no solo resiente la convocatoria de que se trate, sino que se presentan importantes consecuencias para la economía y las empresas, como una variación sustancial del precio final que debe pagarse por una obra pública o la seguridad de las inversiones empresariales en países en las que estas prácticas corruptas están generalizadas.

La práctica del *lobby* fue considerada durante mucho tiempo un método corrupto de aproximación e incidencia sobre el poder. Hoy por hoy se considera una práctica lícita en buena parte de los países, que lo ven como una forma apropiada de hacer política. Sin embargo, esta práctica de *lobby* debe tener algunas limitaciones. El sector privado puede tener cierta cuota de influencia sobre el poder político, pero cuando las decisiones políticas comienzan a ser erráticas, favoreciendo claramente a determinados sectores o intereses, aunque puedan encontrarse dentro de un marco general de legalidad aparente, terminan afectando las reglas de juego limpio que exigen todos los que intervienen y en última instancia, se resiente el conjunto de la economía. Esta forma de actuar afecta las relaciones del poder político con los ciudadanos, y favorece la aparición de auténticos grupos de criminalidad organizada de naturaleza económica, e incluso de criminalidad organizada económica internacional, un fenómeno muy propio de nuestro tiempo "globalizado". Aquí aparecen todos los elementos en juego: corrupción, crimen organizado y globalización, lo que obliga a replantear seriamente la situación y a planificar y desarrollar una estrategia de conjunto contra la corrupción.

La política criminal contra la corrupción debe abarcar, desde la perspectiva de la tipificación de conductas delictivas, los distintos supuestos de delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o

autoridades. Así, por ejemplo, el cohecho o la prevaricación. Sin embargo, cuando entramos en el ámbito más específico de la persecución del fraude las figuras penales deben ser revisadas. El Convenio del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 de Derecho Penal sobre corrupción gira fundamentalmente en torno a la figura del cohecho (de funcionarios públicos nacionales, internacionales, por parte del sector privado, etc.) pero también comprende el tráfico de influencias, el lavado de dinero y las infracciones contables.

Sin embargo, los límites no están ni mucho menos definidos. Se intenta proteger de la corrupción las transacciones comerciales internacionales, que prefieren sin duda alguna contar con seguridad jurídica. En este sentido, España ha incorporado en el año 2000 el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, al establecer en el art. 445 bis del Código Penal la sanción para aquellos que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieren a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación al ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

Ante un fenómeno tan generalizado, que provoca irreparables consecuencias para la economía y también para el conjunto de la sociedad, se pueden adoptar distintas soluciones político criminales. Desde una primera aproximación podemos señalar dos caminos para perseguir penalmente estas conductas, que se presentan en algunos países como soluciones perfectamente compatibles. Por un lado, la creación de un auténtico arsenal punitivo que desarrolle los ilícitos y sanciones imputables a funcionarios públicos, fundamentalmente las figuras de cohecho o corrupción. Estos delitos se complementan con las conductas penales que ya se han referido precedentemente (blanqueo de dinero, tráfico de influencias, delitos contables, fraude de subvenciones, corrupción en las transacciones comerciales internacionales). Otra vía, tal vez mucho más eficaz pero dudosamente garantista pasa por la figura penal del enriquecimiento ilícito.

El enriquecimiento ilícito es una figura potenciada por la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, cuyo artículo IX compromete a los estados miembros a tipificar como delito “el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto a sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

Guiados por esta Convención o por iniciativa propia, muchos países iberoamericanos han optado por incorporar la figura del enriquecimiento ilícito en sus Códigos Penales, posiblemente con la ilusión de solventar por esa vía

los enormes problemas de corrupción que padecen. Así, por ejemplo, en un país como Argentina, donde los índices de corrupción han llegado a provocar la quiebra del propio Estado, la Ley 16648 sanciona el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, fundamentalmente aquellos que no justifiquen la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable con posterioridad a asumir el empleo o cargo público. La figura penal del enriquecimiento ilícito ha sido incorporada en distintos Códigos Penales iberoamericanos por la presunta ventaja de su eficacia, dado que supone invertir la carga de la prueba obligando a los funcionarios y autoridades a demostrar el origen de todos sus bienes. Sin embargo esta iniciativa ha tropezado con dos inconvenientes. Por un lado, tal como demuestra la crisis argentina y la situación en muchos países iberoamericanos, los resultados en cuanto a la sanción penal por este delito son completamente intrascendentes. En otras palabras, un instrumento penal que se ha creado sobre la base de su eficacia ha demostrado ser completamente ineficaz. Por otra parte, una norma penal de esta naturaleza ha sido cuestionada por su falta de garantías, e incluso en algunos países ha sido declarada inconstitucional. (AAVV, Revista Penal, 1999, 123).

Volvemos a preguntarnos, ¿Son eficaces los delitos contra la Administración Pública? Estos ilícitos están regulados en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos, no solo europeos sino del resto del mundo, en las figuras del cohecho activo o pasivo o incluso bajo la similar denominación de corrupción activa o pasiva. Su eficacia práctica ante el fenómeno de la corrupción puede ponerse en duda, justamente por las peculiaridades que presenta el derecho penal económico, a lo que se añaden las dificultades probatorias que pueden reflejarse como resultado de los otros dos fenómenos que inciden en estos delitos: la globalización y la criminalidad organizada. No podemos desconocer las carencias de la política criminal en materia de corrupción, las que lógicamente se van agravando con la proyección internacional de la delincuencia. Por ese motivo, se hace imperioso buscar soluciones eficaces pero siempre recordando la vigencia del principio de *ultima ratio* y las garantías propias de todo sistema penal.

Con los instrumentos político criminales actuales existen dificultades para frenar la enorme expansión de la corrupción económica. Se exigen propuestas innovadoras en el marco del Derecho Penal sustantivo, y fundamentalmente explorar las soluciones no penales a este conflicto que pueden arrojar soluciones mucho más eficaces y por supuesto mucho más garantistas. Dejando a cada Estado la opción por el derecho penal o por las vías no penales, es muy importante destacar las responsabilidades en el ámbito de la contabilidad. Ya el Convenio Europeo para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 1995, aplicable al ámbito de las subvenciones, hace referencia a la necesaria criminalización de conductas relativas a la elaboración o el suministro intencionado de declaraciones y documentos falsos, inexactos

o incompletos (art. 1.3) Pero es el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros el que más destaca el determinante papel de la contabilidad en la lucha contra la corrupción. Así, establece el art. 8 que “Con el fin de luchar eficazmente contra la corrupción de agentes públicos extranjeros, cada parte tomará las medidas que sean necesarias, dentro del marco de sus leyes y reglamentos relativos al mantenimiento de libros y registros, la publicación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, con el fin de prohibir el mantenimiento de registros extracontables, la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes, el asiento de partidas del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, así como la utilización de documentos falsos, por las sociedades sometidas a dichas leyes y reglamentos, con el fin de corromper a agentes públicos extranjeros o de ocultar dicha corrupción”. A esto se añade que “Cada parte establecerá penas eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter civil, administrativo o penal para dichas omisiones y falsedades con respecto a los libros, registros, cuentas y estados financieros de dichas sociedades”. En síntesis, las responsabilidades contables, penales o no, se convierten en uno de los instrumentos jurídicos más relevantes para detectar y luchar contra la corrupción en el ámbito económico.

Se hace necesario exigir más al Derecho Administrativo. Dado que se están gestionando bienes públicos, la Administración debe funcionar correctamente. Su actividad no es similar a la que desarrolla una empresa privada, por lo que se le exige imparcialidad, eficacia, transparencia y servicio a los intereses generales. En base a estos principios surgen intereses o bienes jurídicos que deben recibir, como es lógico, una primera protección o tutela desde el propio Derecho Administrativo. No puede pensarse en el Derecho Penal como el sustituto que releve al Derecho Administrativo en la resolución de una problemática que incumbe a todo el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva existen innumerables medidas que pueden hacer cambiar la percepción actual de la corrupción económica. En primer lugar, es necesario destacar el papel que incumbe a los Tribunales de Cuentas. Estas instancias fiscalizadoras deben ser muy escrupulosas y esforzarse por detectar las irregularidades que se presenten en la actuación de los funcionarios o autoridades que gestionan los bienes públicos. Podemos simplemente enumerar otras medidas que incumben a la actuación de la Administración, como las declaraciones juradas de los funcionarios públicos que ocupen cargos relevantes, el registro obligatorio de sus bienes y patrimonio, o las modificaciones pertinentes en los regímenes de contratación pública, de concesión o control de subvenciones, etc.

Es oportuno destacar que la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción ha consagrado un importante catálogo de medidas preventivas no penales. En su art. III se hace referencia a la potenciación de normas de conducta para el “correcto, honorable y adecuado cum-

plimiento de las funciones públicas" a las que se añaden las declaraciones patrimoniales de los funcionarios y autoridades, sistemas apropiados de contratación de bienes y servicios, un sistema tributario que impida la corrupción, controles contables, etc.

Es importante señalar también el papel fundamental que desempeña el Ministerio Público en la lucha contra la corrupción económica. Bien sea dentro de su estructura tradicional sin especialización, o bien a través de la creación de una auténtica Fiscalía Anticorrupción, se trata del instrumento más adecuado dentro del Estado de Derecho para perseguir la corrupción económica. En España, fue creada por la Ley 10/1995 la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la corrupción. La Fiscalía se establece para especializar a los fiscales que deben intervenir en estos delitos. Esta fórmula da mucho más protagonismo al Ministerio Público, que toma a su cargo la iniciativa procesal cuando se trata de hechos que por la implicación de funcionarios o del propio poder político podrían quedar amparados por un marco de impunidad. El problema de estas instituciones está marcado, como de costumbre, por el mayor o menor grado de independencia del poder político, por su estructura organizativa y, en definitiva, por el margen de maniobra del que se dispone para investigar e intervenir, cuando se trata de hechos que pueden comprometer a importantes mandatarios del Estado.

2. Corrupción que afecta a las finanzas públicas europeas

La protección penal de los intereses financieros de las Comunidades Europeas supone el punto de partida para crear un Derecho Penal Europeo armonizado, tal como se ha demostrado en los últimos 25 años. Sin embargo, es un punto de partida que no ha conseguido superar esa etapa inicial, pues tras múltiples iniciativas, proyectos y cambios en las fuentes del derecho europeo, el derecho penal no supone aún un ámbito propio del ordenamiento jurídico comunitario. En esta azarosa evolución se suscribe el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas firmado el 26 de julio de 1995. Este convenio regula en su articulado un importante número de disposiciones de naturaleza penal. Muchos países europeos han incorporado a sus legislaciones estas disposiciones, que hasta el momento se han mostrado poco útiles contra el fraude y la corrupción.

Ante la ineficacia demostrada por los órganos políticos europeos para estructurar y plantear un sistema penal europeo, la iniciativa surgió de instancias privadas, de tal forma que un grupo de expertos entre los que se encontraban representantes todos los estados miembros redactó el conocido como "*Corpus Juris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea". Se trata de un estudio y propuesta de modelo

legislativo para Europa realizado por un grupo de expertos a petición del Parlamento Europeo, y en definitiva del primer intento serio de sintetizar principios penales comunes, relacionados con los intereses financieros de las comunidades, y en el que se procura eliminar la corrupción.

Sin embargo, en este momento el objeto de discusión ya no es el *Corpus Juris*, que puede ser considerado como una propuesta superada. Ha sido reemplazado en el debate por el llamado Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo presentado por la Comisión el 11 de diciembre de 2001, texto que destaca literalmente que “la reflexión no puede detenerse en estos estudios..” sino que ya es hora de una implicación más importante por parte de la propia Comisión, que “no se inspira en ningún modelo nacional particular, sino que busca el sistema más adaptado a las especificidades del objetivo de la protección de los intereses financieros comunitarios, recogiendo las más altas exigencias de protección de los derechos fundamentales”

El establecimiento del Ministerio Público Europeo es el objetivo principal de toda esta iniciativa de reformas. La Comisión pretende que la creación de esta figura suponga un valor añadido, un sustancial avance que permita superar los problemas que se presentan en la actualidad. Se pretende una mejora significativa en ámbitos concretos, como por ejemplo la admisibilidad mutua de pruebas entre los tribunales de los países miembros. Un Ministerio Público Europeo independiente incluso de su propio país de origen es una decisión muy acertada para luchar contra el fraude y la corrupción en Europa. Ello permitirá que el actual fraccionamiento territorial de Europa en distintos Estados, no se convierta en un obstáculo para proteger de la manera más homogénea posible los intereses financieros. En este sentido, se lucha contra el notable incremento de la delincuencia organizada, que aprovecha el fraccionamiento territorial para conseguir un mayor grado de impunidad. Ya no se está ante la clásica cooperación judicial, se pretende algo más. La propuesta se concentra en la centralización de las investigaciones y actuaciones en materia de tutela de intereses financieros europeos, bajo la dirección del Ministerio Público Europeo.

En este complejo marco también se encuentra la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), cuyas tareas son bastante limitadas, pues se ha dicho que “sigue siendo un simple servicio administrativo de investigación”, esto es, se reducen por el momento a la prevención y estudio del fraude, incluso a intervenir en el ámbito sancionatorio administrativo pero no penal. Se exige un incremento de competencias para esta Oficina, como colaboradora del Ministerio Público.

En cuanto a los contenidos sustantivos, la Comisión Europea “se inclina por un grado de armonización elevado” Es decir, crear nuevos delitos en materia de protección penal de intereses financieros, fraude y corrupción en Europa.

El punto de partida es la tutela de los intereses financieros de las Comunidades, que deben recibir un grado de protección adecuado, previéndose fundamentalmente la represión penal. Así, los espacios criminalizados van paulatinamente creciendo, y el Convenio de Protección de Intereses Financieros ya incorpora a través de protocolos adicionales la corrupción y el blanqueo de dinero. El Libro Verde ve con muy buenos ojos esta estrategia, planteando nuevos ámbitos como el fraude en materia de adjudicación de contratos, el abuso de función o la revelación de secretos conocidos en el ejercicio de la función pública.

En cualquier caso no está de más recordar el principio de *ultima ratio*. En otras palabras, si bien reconocemos que existe una gran cantidad de actividades ilegales que afectan a los fondos comunitarios, no queda tan claro que la sanción para todas estas conductas deba ser penal, y aún siéndolo, que deba regularse de forma unificada por las Comunidades Europeas o de forma aislada, en su caso, por cada uno de los Estados miembros.

Se ha abierto el debate acerca de la incorporación de otros ámbitos sancionatorios desligados por completo de la protección de los intereses financieros, pero muy importantes en materia de corrupción (como por ejemplo la tutela de la función pública europea a través de los delitos cometidos por funcionarios públicos comunitarios en el ejercicio de sus cargos).

3. Corrupción en el sector privado

La corrupción es un fenómeno que se presenta preponderantemente en el ámbito público, aunque su metodología y efectos prácticos se pueden trasladar también al ámbito privado. En los últimos tiempos se ha comenzado a hablar seriamente de ello, y prueba de esta situación es la Decisión Marco de 22 de julio de 2003 del Consejo de la Unión Europea sobre la Corrupción en el Sector Privado que considera corrupción, entre otros comportamientos, el pedir o recibir en el ejercicio de actividades profesionales "una ventaja indebida de cualquier naturaleza", a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones. Según la Decisión Marco comentada, los Estados miembros *pueden* declarar que limitarán la punición de estas conductas a las que vayan dirigidas a distorsionar la competencia, en relación a la adquisición de bienes o de servicios comerciales. Se trata de fórmulas que pueden aproximarse a muchos delitos cometidos contra intereses públicos, con la evidente salvedad de referirse a comportamientos desarrollados en el ámbito privado. En la misma dirección se mueven, por ejemplo, los arts. 7 y 8 del Convenio del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 de Derecho Penal sobre la corrupción.

Considero muy relevante apuntar que estos comportamientos ilícitos llevados a cabo en el ámbito privado son el resultado de una caracterización muy reciente, y que está provocando un importante cambio conceptual. El

punto de partida no puede ser otro que considerar a las conductas caracterizables como corrupción en el sector privado son susceptibles de ser sancionadas penalmente, en la medida en que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, debidamente identificados en el mundo de la economía, las finanzas y la empresa

Sin embargo, debemos formularnos nuevas preguntas e intentar aportar alguna solución. En primer lugar se encuentra la necesidad de criminalizar específicamente la corrupción en el sector privado, o bien optar por el mantenimiento del arsenal punitivo tradicional, de delitos patrimoniales y societarios, para atender esta problemática.

Lo que está claro, y puede ser tomado como punto de partida, que lo público y lo privado en materia de corrupción se superponen permanentemente. Como se viene observando desde hace tiempo, el entramado de los negocios inmobiliarios ha implicado en prácticas corruptas a un sector de la clase política española, pero no como podría pensarse en el ámbito tradicional del cohecho a través de la concesión de obras públicas o la construcción de autopistas o aeropuertos, sino en otro mucho más propio de la actividad puramente privada, la calificación administrativa de terrenos, como aptos o no aptos para la construcción de viviendas. El mercado inmobiliario se rige por las reglas de la libre competencia, salvo que los funcionarios públicos influyan para alterar esas reglas, que es lo que se está demostrando ante estos casos de corrupción, en los que suelen intervenir tramas perfectamente organizadas.

Los Considerandos de la mencionada Decisión Marco europea recuerdan los precedentes e iniciativas legislativas, y procuran trazar los objetivos perseguidos, siendo de particular importancia el punto que señala que "Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto a la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido". Apunta a continuación que "El objetivo de la presente Decisión Marco es, en especial, asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias".

Por una parte, se persiguen objetivos propios de la Unión Europea, la defensa de los mercados y la libre competencia. La pregunta es si los intereses enunciados deben ser protegidos penalmente de esa manera. Es comprensible que pretender legislar para 25 Estados con sistemas jurídicos distintos es muy difícil. Sin embargo, desde un punto de vista garantista y de cumplimiento de derechos fundamentales es necesario precisar el bien jurídico tutelado y concretarlo directamente en la conducta que se pretende prohibir. Ello no ocurre con la normativa europea aquí comentada.

El art. 2 regula la corrupción activa y pasiva en el sector privado.

“1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales:

- a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”
- b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñan funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”

Se trata de figuras paralelas al tradicional cohecho, aunque cambian los sujetos, ya que en este caso el autor no es funcionario público, y la persona jurídica que representa o para la que trabaja no es el Estado sino una empresa privada. En estas figuras debemos detenernos un momento, porque en Derecho Penal, y no puede ser de otro modo, hay que comenzar identificando el bien jurídico tutelado. ¿Cuál es el interés que se pretende proteger a través de la corrupción en el sector privado? Porque cuando se realizan idénticas conductas en el marco de la función pública, se protegen los intereses de la propia Administración Pública, que permiten escapar de los tipos penales tradicionales (estafa, apropiación indebida) en base a la particular relación del funcionario con los intereses públicos. En síntesis, el interés general convierte delitos comunes en delitos especiales, amenazados con una mayor entidad de pena. En estos supuestos estamos ante intereses privados, que no deberían en principio verse favorecidos por una legislación penal tan excepcional. Parece que en Europa se quieren tutelar los intereses de las empresas privadas de la misma forma que se tutela la Administración Pública. Se protegería la libre competencia y el libre comercio. Pero el enunciado legal no exige que estos intereses resulten efectivamente dañados o puestos en peligro por la conducta corrupta y es más, el art. 2.3 permite que cada Estado opte por limitar estos delitos a aquellas conductas que afecten la libre competencia o bien se tipifiquen estas conductas más ampliamente.

Existen otros instrumentos, penales o no, para solventar estos problemas. Las figuras tradicionales, los delitos societarios e incluso las sanciones administrativas o puramente laborales pueden zanjar claramente, sin necesidad de reformas, buen número de situaciones como las previstas en estas nuevas regulaciones.

El art. 5 dispone: *Responsabilidad de las personas jurídicas.*

1. "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los artículos 2 y 3 cometidos 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, o
- b) una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- c) una autoridad para ejercer un control en el seno de dicha persona jurídica.

Se sanciona que la persona jurídica obtenga, actuando en relaciones de Derecho privado, una ventaja indebida. Pero, ¿qué significa una ventaja indebida en el marco de una empresa, que busca sacar provecho económico a su actividad? La distorsión se provoca al pretender trasladar, creo yo sin una reflexión convincente, el modelo del cohecho a la empresa privada. El tema es muy complejo, pues la empresa privada busca obtener beneficios económicos. Ahora estará supeditada a las investigaciones judiciales, para saber si su conducta es o no corrupta, si en una operación económica ha ganado lo justo, o ha obtenido una "ventaja indebida". Todo ello es muy difícil de precisar.

Por supuesto que deben darse todos los elementos de los artículos 2 y 3: la persona jurídica debe prometer, ofrecer, dar, etc. ventajas indebidas para que otro, en el ejercicio de sus actividades profesionales, realice conductas desleales (no sabemos hacia quién) que por último alteren la libre competencia en el mercado, si el ordenamiento del Estado exige este requisito. La formulación es tan amplia, los elementos incardinados tan complejos y las actuaciones en el mercado de las empresas tan similares normalmente a estas conductas que habría que replantearse la fórmula legal propuesta desde Europa.

El art. 5 también dispone:

2. "Además de los casos a que se refiere el apartado 1, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que pueda considerarse responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas mencionadas en el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3."

Se trata de un nuevo ejemplo del impulso de las corrientes que procuran generar nuevos conceptos para la imputación penal, basándola no solamente en la omisión de posiciones de garantía, sino incluso de responsabilidades *in*

vigilando. Tal vez sea el momento de replantear los deberes que se imponen a las empresas, fundamentalmente cuando de la actuación empresarial se derivan hechos delictivos. Sin embargo, y aunque no descarto que sea la solución más apropiada, debemos ser muy criteriosos a la hora de basar una responsabilidad penal en deberes de vigilancia y control sobre el personal de la empresa. Parece un intento de resucitar la responsabilidad objetiva, que afortunadamente ha desaparecido de nuestros Códigos como un síntoma de un derecho penal mínimamente garantista, incluso para las empresas.

4. Conclusión

La corrupción tiene en nuestro tiempo cada vez más manifestaciones: corrupción en el sector público, corrupción en el sector privado, fraude a los intereses financieros comunitarios, etc. Para complicar aún más el panorama, todas estas formas de corrupción se ponen en contacto directo con dos de los fenómenos más relevantes para el derecho penal contemporáneo, como son la globalización, con todas sus consecuencias, y el crimen organizado. En la actualidad los grupos profesionales de presión, que consiguen el dictado de normas jurídicas a su medida (por ej. calificación de terrenos y fraude inmobiliario) están actuando como manifestaciones del crimen organizado, que también influye decisivamente en materia de contrataciones públicas, subvenciones estatales o comunitarias e incluso en sobornos dentro del marco de las propias empresas privadas. Son ejemplos de esta nueva y preocupante realidad.

